

كتاب الأوب القاصي

تأليف

أبي بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني المعروف بالخصاف
المتوفى ٤٦١ هـ / ١٠٦٧ م

وشرح

أبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالخصاف
المتوفى ٣٧٠ هـ / ٩٨٠ م

تحقيق

فريجات منايوة

رئيس قسم دراسات الشرق الأدنى

جامعة واشنطن

إهداء ٢٠٠٦

المرحوم الدكتور / علي حسين كرار
القاهرة

كتاب الوبر الفهمي



الناشر

قسم النشر بالجامعة الأمريكية
بالقاهرة

سأعدت مؤسسة عيسى الباتج وإخوانه بليويورك
على طبع هذا الكتاب

كتاب أدب الفاضل

تأليف

أبي بكر أحمد بن عمرو بن مهير الشيباني المعروف بالخصاف

المتوفى ٢٦١ هـ / ٨٤٧ م

وشرح

أبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالخصاف

المتوفى ٣٦٠ هـ / ٩٨٠ م

تحقيقه

فرحات زياوة

رئيس قسم دراسات الشرق الأدنى

جامعة واشنطن

© Copyright 1978 by the American University in Cairo Press.
All rights reserved.

No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photo-copying, recording, or otherwise, without the express prior written permission of the copyright owner,

حقوق النشر محفوظة لدى
مكتبة النشر بالجامعة الأمريكية
بالقاهرة

مقدمة

نحن بصدد كتاب من أجل الكتب الإسلامية ومن أقدم الكتب التي تناولت ناحية هامة من نواحي الفقه الإسلامى ، هى مانسميه اليوم بأصول المحاكمات (procedure) وأصول البينات (evidence) . وقد كان معظم اهتمام المشتغلين فى تحقيق كتب الفقه الإسلامى من عرب وأجانب مصوباً نحو الفروع الأخرى من الفقه وهى الأحكام الشرعية التقريرية (substantive) . وأكثرها يمت إلى الأحوال الشخصية - دون أى التفات إلى الأصول الإجرائية (procedural) ، على الرغم من أهمية هذه الأخيرة فى إقامة العدل وصيانة حقوق العباد . على أن الفقهاء المسلمين أنفسهم أولوا الأصول الإجرائية اهتماماً يتناسب مع عظيم شأنها فخصصوا فى كتبهم فصولاً لأدب القضاء ، وراح بعضهم يؤلف كتباً تقتصر على هذا الموضوع ، وقام آخرون فيما بعد يشرحون تلك الكتب ويعاقون عليها كما فعل الجصاص فى شرحه لكتاب أدب القاضى للخصاف . ومن يراجع كتاب حاجى خايفة فى البيبلوجرافيا الإسلامية يجد أن فقهاء الحنفية ألفوا لا أقل من خمسة كتب أصالية فى هذا الموضوع وأن شروح كتاب أدب القاضى للخصاف بلغت تسعة ، كما يجد أن فقهاء الشافعية ألفوا ما يبلغ من ثلاثة عشر كتاباً ، وشرحاً واحداً^(١) . وهذا علاوة على أبواب أدب القضاء فى الكتب الفقهية الجامعة .

على أن مانشر حتى الآن الآونة الأخيرة من نصوص فى أدب القضاء لا يتناسب مع أهميته حتى ولو أخذنا بعين الاعتبار أن بعض تلك النصوص قد فقدت

(١) انظر ملا كاتب جلبي ، كشف القنون ، استابول ١٣١٠ هـ ، ج ١ ، ص

أو لا تزال مخطوطاتها دفينة في مكتبات خاصة لم تجر فهرستها . وغنى عن البيان أن أية دراسة علمية لهذا الموضوع من الفقه لا تيسر ولا تكون كاملة إلا بعد تحقيق أهميات الكتب الخاصة به وقشرها . فمن دواعي الارتياح أن نلاحظ إذاً أن العلماء العرب والمسلمين قد انتبهوا أخيراً إلى ضرورة نشر هذه الكتب ضمن مايلشر لإحياء التراث الإسلامى . لحقق السيد محي هلال السرحان كتاب أدب القاضى لعلى بن محمد بن حبيب الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠ هـ . فى مجلدين ضخمين يثمان عن جهود علمية ممتازة^(٢) والكتاب هو قسم من كتاب الماوردى الجامع فى الفقه الشافعى والمسمى بالحاوى الكبير ولما يلشر بعد بكاملة لتفرق أجزائه فى مكتبات العالم . وحقق السيد فرحات الدشراوى ورفقات من كتاب فى أدب القاضى والقضاء على المذهب الحنفى لهيثم بن سليمان بن حمدون القيسى المتوفى حوالى ٢٧٥ هـ . مؤكداً أن المدرسة الحنفية بأفريقية لم تكن تقل عن المدرسة المالكية^(٣) .

وحقق السيد محمد مصطفى الزحيلي كتاب أدب القضاء لابن أبى الدم المتوفى ٦٤٢ هـ . (دمشق ، مطبعة زيد بن ثابت ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥ م) . وقام السيد محمد ابراهيم سورقى فى الهند بتحقيق أدب القاضى للخصاف بشرح عمر بن عبدالعزيز ابن مازة المعروف بالحسام الشهيد والمتوفى قتيلاً سنة ٥٣٦ هـ ، وهو يسعى الآن إلى نشره . فهذه الكتب مضافاً إليها ماتحتويه كتب الفقه الجوامع عن أدب القاضى^(٤) وما سبق وطبع دون تحقيق دقيق مثل كتاب معين الأحكام لعلى بن خليل الطرابلسى فى الفقه الحنفى^(٥) ومثل كتاب تبصرة الأحكام لإبراهيم بن محمد بن

(٢) نشر برعاية رئاسة ديوان الأوقاف من الجمهورية العراقية ، جزأان ، بغداد ١٩٧١ - ١٩٧٢ .

(٣) نشر برعاية الشركة التونسية للتوزيع ، تونس ١٩٧٠ .

(٤) انظر مثلاً كتاب المبسوط للسرخس ، ج ١٦ ، ص ٥٩ ، والمدونة الكبرى للإمام مالك (برواية سحنون) القاهرة ، ١٣٢٣ هـ ، ج ١٢ ، ص ١٤٤ ، وكتاب الأم لشافعى ، القاهرة ، ١٣٢٥ هـ ، ج ٦ ، ص ١٩٩ .

(٥) القاهرة ، بولاق ، سنة ١٣١٠ هـ .

فرحون في الفقه المالكي^(٦)، ومضافاً إليها الكتاب الذي تقدم له الآن لتشكيل نواة حسنة للشروع في دراسة هذا الموضوع وإننا لنأمل أن نشارك في المستقبل في هذه الدراسة على أسس الفقه المقارن . أما الآن فجل مرادنا هو التعريف بالمؤلف وبالشارح وبمنهجنا في تحقيق الكتاب مع الإشارة إلى أهمية الكتاب وكونه عمدة في موضوعه .

المؤلف :

هو أحمد بن عمرو بن مهيّر الشيباني^(٧)، ويلقب بالخصّاف ويكنى بأبي بكر، وكان فقيهاً فارضاً حاسباً، — أي خبيراً في علم الفرائض أو حصص الورثاء من التركة — عالماً بمنهجه أصحابه من المذهب الحنفي، روى عن أبيه عمرو بن مهيّر الخصّاف الذي كان روى عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة وعن أبي يوسف^(٨) . وحدث عن أبي عاصم التميمي، وأبي داود الطيالسي، ومسدد بن مسرهد، والقعنبي، ويحيى بن عبد الحميد الحناني، وعلي بن المديني، وعارم محمد بن الفضل، وأبي نعيم الفضل بن دكين^(٩)، ويظهر أنه كان متقدماً عند الخليفة المهتدي بالله (٢٥٠ — ٢٥٦هـ، ٨٦٤ — ٨٧٠ م)، فعمل له كتاباً في الخراج لم يصل إلينا، وكانت الناس تقول عن الخصّاف، لتقدمه عند المهتدي، إنه يحيي دولة ابن أبي دؤاد^(١٠)

(٦) القاهرة، ١٣٠٢ هـ .

(٧) انظر فهرست لابن النديم، ص ٢٩٠، والجواهر المشية، ج ١، ص ٨٧ .

— ٨٨ —

(٨) انظر الجواهر المشية، ج ١، ص ٤٠٠ .

(٩) المصدر السابق، ص ٨٨ .

(١٠) الفهرست، ص ٢٩٠ . وابن أبي داود كان فاضلاً معتزلاً بالغ مركزاً رفيعاً في خلافة المؤمن وبن ثم عينه المتعم فاضلاً للقضاء واحتفظ بمنصبه في خلافة الواثق . ولكن تمهده أخذ في الأول في خلافة المتوكل الذي تنكر للمعتزلة . وفوق ابن أبي داود سنة

٨٢٤٠ — ٨٥٤ م .

ويقول ابن النديم إن الخصاص كان يقدم الجهمية ، والجهمية مقالة - أو مذهب - تنسب إلى جهم بن صفوان المتوفى قتل سنة ١٢٨ هـ ، ٧٤٦ م . بعد أن كان زعيماً فكرياً لثورة ضد الأمويين في شرق خراسان تدعو إلى تمسك الحكومة بكتاب الله وسنة نبيه ، ويظهر أن من عمل على نشرها بشر بن غياث المريسى المتوفى سنة ٢١٨ هـ ، ٨٣٣ م . أحد تلامذة أبي يوسف تلميذ أبي حنيفة . أما معتقداتها فيشوبها كثير من الغموض إذ أكثر ما نعرفه عنها كتيبه خصوصها ، ولعلها كانت تقول بالجبر وبخلق لفظ القرآن وبني صفات الله . على أية حال يظهر أن بعض أصحاب أبي حنيفة شاركوا في نشر هذه المقالة ، فليس غريباً أن يكون الخصاص ممن يقدمها (١١) .

أما كتيبه ، علاوة على كتاب الخراج الذى عمله للخليفة المهتدى ولم يصل إلينا ، فيذكر ابن النديم منها : كتاب الحيل (١٢) ، كتاب الوصايا ، كتاب الشروط الكبير ، كتاب الشروط الصغير ، كتاب الرضاع ، كتاب المحاضر والسجلات ، كتاب أدب القاضى الذى نحن بصدده ، كتاب النفقات (١٣) ، كتاب إقرار الورثة بعضهم لبعض ، كتاب العصير وأحكامه وحسابه ، كتاب النفقات على الأقارب ، كتاب أحكام الوقوف (١٤) ، وكتاب ذرع السكبة والمسجد والقبر . ولعل الخصاص ألف كتباً أخرى لم تصل إلينا إذ يقول ابن النديم إنه لما قتل المهتدى نهب الخصاص وذهب بعض كتيبه ، ومن جملتها كتاب عمله فى المناسك لم يكن خريج للناس (١٥) .

(١١) راجع مادة جهم بن صفوان ، ومادة الجهمية فى الموسوعة الإسلامية ، الطبعة الجديدة .

(١٢) يذكر جوزف شاخى فى كتابه : مقدمة فى الشريعة الإسلامية ، ص ٨١ ، أن هذا الكتاب هو منزوح إلى الخصاص ولكنه كتب فى القرن الرابع الهجرى . ولقد نشره شاخى فى هانوفر بألمانيا سنة ١٩٢٣ بعنوان كتاب الحيل والخارج .

(١٣) طبع فى حيدرآباد سنة ١٣٤٩ هـ .

(١٤) طبع فى القاهرة سنة ١٣٢٢ هـ .

(١٥) الفهرست ، ص ٢٩٠ - ٢٩١ .

هذا جل ما تذكره المصادر عن حياة الخصاصي وكتبه ، وهي تنفق أنه توفي سنة ٥٢٦١هـ . — أى سنة ١٨٤٧ م . — ، ويزيد كتاب الفوائد البهية أنه عند مماته قارب الثمانين^(١١) فيكون قد ولد في أوائل النصف الثاني من القرن الهجرى الثاني . فهو من المتقدمين من فقهاء الحنفية ومن أسهموا في إرساخ قواعد ذلك المذهب . ويعد من الطبقة الثالثة من المجتهدين باعتبار أن الأئمة أصحاب المذاهب هم الطبقة الأولى فهم يجتهدون في الأصول والفروع ، وتلاميذهم هم الطبقة الثانية — كأبي يوسف ومحمد في المذهب الحنفى — فهم يجتهدون في الفروع ويستخرجون الأحكام ، ومن جاء بعد هؤلاء واجتهد في المسائل التي لا رواية فيها عن صاحب المذهب فهو من الطبقة الثالثة وهي طبقة المجتهدين في المسائل كالخصاصي والطحاوى وأبي حسن الكرخى . ويأتى بعد هؤلاء أربع طبقات أخرى تبتدى بأصحاب التخرىج وتنتهى بالمقلدين الذين لا يقدرُونَ على التمييز بين القوى والضعيف^(١٢) . فلا غرو إذاً أن الخصاصي يوصف بأنه رجل كبير في العلم ومن يصح الإقتداء به^(١٣) .

الشارح :

صاحب الشرح هو الإمام أبو بكر أحمد بن علي الرازى المعروف بالخصاص (٣٠٥ — ٣٧٠ هـ / ٩١٧ — ٩٨٠ م) وكان إمام أصحاب أبى حنيفة في وقته ، وخوطف في أن يلى القضاء فامتنع ، وأعيد عليه الخطاب فلم يقبل^(١٤) . وقد تفقه على أبى سهل الزجاج وعلى أبى الحسن الكرخى ، وتخرج على هذا الأخير . « دخل بغداد سنة خمس وعشرين ودرس على الكرخى ، ثم خرج

(١٦) الفوائد البهية ، ص ٢٩ .

(١٧) انظر طبقات الفقهاء ، لطاش كبرى زاده ، الموصل سنة ١٩٥٤ ، ص ٨

— ١٠ —

(١٨) انظر الجواهر للفتية ، ص ٨٨ .

(١٩) تاريخ بغداد للخطيب البغدادي ، ج ٤ ، ص ٣١٤ ، والجواهر المنسية ، ج ١ ،

إلى الأهواز ثم عاد إلى بغداد ، ثم خرج إلى نيسابور مع الحاكم النيسابورى .
برأى شيخه أبى الحسن الكرخى ومشورته ، فأتى الكرخى وهو بليسا بور ،
ثم عاد إلى بغداد سنة أربع وأربعين وثلاث مئة ، (٢٠)

ولاشك فى أن الجصاص أتخذ التدريس مهنة فى بغداد ، فالشرح الذى
نحن بصده ، كما سيجىء هو بشكل محاضرات ألقاها معلقاً فيها على كتاب أدب
القاضى للخصاف . ثم إن صاحب الجواهر المضية يقول إن التدريس ببغداد
استقر له ، وانتهت الرحلة إليه (٢١) . فتفقه عليه بضعة من رجالات المذهب
الحنفى ، وصنف عدة كتب فى الأحكام والفقه والأصول . فن الذين تفقهوا
عليه أبو بكر محمد (٢٢) بن موسى الخوارزمى (المتوفى ٤٠٣ هـ) ، وأبو عبد الله
محمد بن يحيى بن مهدى الفقيه الجرجانى شيخ القدورى (المتوفى ٣٩٨ هـ) ،
وأبو الفرج أحمد بن محمد بن عمر المعروف بابن المسلب (المتوفى ٤١٥ هـ) ،
وأبو جعفر محمد بن أحمد النسفى (المتوفى ٤١٤ هـ) . وأبو الحسين محمد بن أحمد
بن محمد الزعفرانى (المتوفى ٣٩٤ هـ) ، وأبو الحسين محمد بن أحمد الطيب
الكرارى (المتوفى ٤١٧ هـ) . أما مصنفاته فيذكر صاحب الجواهر المضية منها :
أحكام القرآن (٢٣) وشرح مختصر أبى الحسن الكرخى ، وشرح مختصر
الطحاوى ، وشرح الجامع [الصغير] لمحمد بن الحسن [الشيبانى] ، وشرح
الاسماء الحسنى ، وكتاب فى أصول الفقه ، وجوابات عن مسائل وردت عليه .
ويريد صاحب الفوائد الهية (٢٤) عليها كتاب أدب القضاء ، وهو بالحقيقة هذا
الشرح الذى نحن بصده .

(٢٠) المصدر السابق .

(٢١) المصدر السابق ، ص ٨٥ .

(٢٢) فى الجواهر المضية ، ج ١ ، ص ٨٥ : أحمد . ولكن فى ج ٢ ، ص ١٣٥ ول

المصادر الأخرى : محمد .

(٢٣) حقه محمد الصادق الطحاوى فى خمسة أجزاء ، ودمره فى القاهرة . لا تاريخ .

(٢٤) ص ٢٨ .

ويعد الجصاص أيضاً من أئمة المذهب الحنفي الكبار نظراً لما صنفه من كتب ومن تخرج عليه من فقهاء . وإذا ما حسب الخصاص من المجتهدين في المسائل ، وهى الطبقة الثالثة بين المجتهدين ، فالجصاص يعد من الطبقة الرابعة وهى أصحاب التخرج الذين يحيطون بالاصول ويضبطون المآخذ ، فيقدرون على تفضيل قول يحمل وجيهين وحكم مبهم محتمل لأمرين (٢٥) .

وعما هو جدير بالذكر أن الجصاص كان يعتقد أنه أهل لانتقاد من سبقه من فقهاء المذهب ، فهو يخطئ أبا يوسف وما روى عن أبي حنيفة كما في فقرة ٥63 . وأحيانا يخالف الخصاص في الرأي كما في فقرات 707 ، 822 ، 847 .

الكتاب :

كان الحنفية أول من ألف في موضوع أدب القاضى وتبهم سائر الفقهاء في ذلك . وليس غريباً أن يكون أبو يوسف يعقوب بن ابراهيم (المتوفى ١٨٢ هـ) السابق في ذلك إذ ولي القضاء بنفسه في بغداد ولم يزل بها إلى أن مات في خلافة الرشيد (٣٦) . فإذا ألف في الموضوع فإنما يؤلف عن طول خبرة وممارسة . غير أن كتابه لسوء الطالع لم يصل إلينا ككتاب قائم بذاته . أما آراؤه في الموضوع فيوردها من تبعه من فقهاء الحنفية ، ومن جملتهم الخصاص ، كما يثبتون آراءه أبى حنيفة (المتوفى ١٥٠ هـ) ومحمد بن حسن (المتوفى ١٨٩ هـ) لكون هؤلاء الثلاثة بنات أركان المذهب الحنفي . ومحمد بن الحسن صاحب المؤلفات الكثيرة المعتمدة في الفقه الحنفي هو أيضاً مارس القضاء ، فقد ولاء الرشيد قضاء الرقة ومن ثم عزله (٣٧) . وجاء بعد هؤلاء محمد بن سماعة بن هلال التميمي (المتوفى ٢٣٣ هـ) الذى ولى القضاء ببغداد بالجانب الغربى (٢٨) فوضع كتاباً في أدب القاضى أيضاً . فابرز الخصاص على المسرح إلا وكانت مقومات أدب القاضى ، حسب المذهب الحنفي

(٢٥) طبقات الفقهاء ، لطاش كبرى زاده ، ص ٨ - ١٠ .

(٢٦) الفهرست ، ص ٢٨٦ .

(٢٧) الفهرست ، ص ٢٨٧ .

(٢٨) الفهرست ، ص ٢٨٩ . انظر أيضاً زوكلى ، أعلام ، ج ١ ، ص ٢٣ - ٢٤ .

قد ظهرت معالمها . فكتاب الخصاص في هذا الموضوع يمثل ما وصل إليه الاجتهاد الحنفى حتى ذلك الحين مع ما اجتهد الخصاص نفسه في بعض المسائل . وصنف في أدب القاضى فقهاء آخرون من الحنفية ، منهم أبو حازم عبد الحميد ابن عبد العزيز (المتوفى ٥٢٢ هـ) وأبو جعفر أحمد بن اسحاق الأنبارى (المتوفى ٥٣٧ هـ) - ولم يكمله ^(٢٩) . غير أن المشهور في هذا الباب هو كتاب الخصاص . فيقول كاتب جلبي (حاجى خليفه) عنه :

رُتب على مائة وعشرين بابا . وهو كتاب جامع ، غاية ما في الباب ، ونهاية آداب الطلاب ، ولذلك تلقوه بالقبول ، وشرحه قول أئمة الفروع والأصول . منهم الإمام أبوبكر أحمد بن على الجصاص (المتوفى ٥٣٧ هـ) والإمام أبو جعفر محمد بن عبد الله الهندوانى (المتوفى ٥٣٢ هـ) والإمام أبو الحسين أحمد بن محمد القدورى (المتوفى ٤٣٨ هـ) وشيخ الإسلام على ابن الحسين السغدى (المتوفى ٤٦١ هـ) والإمام شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسى (المتوفى ٤٨٣ هـ) والإمام شمس الأئمة عبد العزيز بن أحمد الحلوانى (المتوفى ٥٠٦ هـ) والإمام برهان الأئمة عمر بن عبد العزيز بن مازة المعروف بالحسام الشيبى (المتوفى قتيلا ٥٣٦ هـ) - وهو المشهور المداويل اليوم من بين التلويح ، ذكر في أوله أنه أورد عقيب كل مسألة من مسائل الكتاب ما يحتاج إليه الناظر ولم يميز بينهما بالقول ونحوه - والإمام أبوبكر محمد المعروف بخواهر زاده (المتوفى ٤٨٣ هـ) والإمام غفر الدين الحسن بن منصور الاوزجندى المعروف بقاضىخان (المتوفى ٥٩٢ هـ) والإمام [محمد بن أحمد القاسمى] الخجندى ^(٣٠) .

(٢٩) كشف الظنون ، ج ١ ، ص ٧٢ - ٧٣ .

(٣٠) المصدر السابق ، ص ٧٣ . مطبعة استانبول ، ١٩٤١ ، لكشف الظنون قد ذكر الاسم الكامل للخجندى ، ولا أجد له ذكرا فى الجواهر المضية أو الفوائد البهية . ثم إن غلطية جواراة على صفحة النوان منها تملق عن الدين شرحوا أدب القاضى للخصاص ، ويذكر العلق نفس الشراح إلا أنه عوضاً عن الخجندى يذكر الهجرى ، أى عبيد الله ابن أحمد الهجرى (المتوفى ٦٣٠ هـ) . انظر الجواهر المضية ، ج ١ ، ص ٣٣٦ .

على أن كتاب الخصاص مجرداً عن شروحه لم يصل إلينا لسوء الحظ ، فهو إما ضائع أو لم يُنقلبه إليه بعد في بعض المكتبات التي لم تجر فهرستها ، وما ذهب إليه كارل بروكمان^(٣١) من أن للكتاب مخطوطتين في استانبول (مسجد فاتح ٢٢٦٩ ، وملا جاي ٥٧) ليس صحيحاً . فقد حصلت على نسختين مصورتين لهاتين المخطوطتين ، وبعد التدقيق في أمرهما وجدت أنهما مخطوطتان مختصر عن أحد شروح أدب القاضي للخصاف^(٣٢) وكذلك قوله إن مجموعة (قوله) في دار الكتب في القاهرة فيها مخطوطة لكتاب الخصاص بعيد عن الصحة . فقد تصفحت تلك المخطوطة (٢١٣ فقه حنفى) الممسوخة سنة ٩٥٥ هـ فوجدت أنها شرح آخر لكتاب الخصاص لشارح يكنى بأبي الحسين ، ولعله الإمام أبو الحسين أحمد بن محمد القدورى . فكان لا مفر من الرجوع إلى أحد شروح الكتاب وتحقيقه ومحاولة الفصل بين الأصل والشرح للتعرف إلى الأصل . وقد وقع الاختيار على شرح الجصاص لتقدمه من حيث الزمان وتوفر المخطوطات له ولمكانة الجصاص العالية وتقدمه في المذهب الحنفى .

الشرح :

يظهر أن الشرح كان من جملة محاضرات أو دروس كان يقيمها الجصاص معلقاً فيها على كتب المذهب الحنفى من بينها كتاب الخصاص ، فالجصاص كما ذكرنا آنفاً كان يدرس في بغداد وكان إمام الحنفية في زمانه ، وكانت تنتهى الرحلة إليه . ويظهر أن مجلس التدريس كان يضم بالإضافة إلى تلامذة الجصاص بعض من يقصد بغداد للزيارة أو طلباً للعلم ، بما فيهم رجال القضاء . وهذا بيّن من فقرة 610 ، ملاحظة ٣ ، حيث تذكر مخطوطة في أن أبا نصر البخارى القاضي كان حاضراً مجلس

(٣١) بروكمان ، كارل : تاريخ الأدب العربى ، ٥ أجزاء ، لندن ١٩٤٣ ، ج ١ ص ١٨١ وملاحظة ٢٩٢ .

(٣٢) وإليه مختصر شرح الجصاص . يقول ابن مازة في شرحه لكتاب الخصاص (مخطوطة مكتبة مكتب الهند في لندن رقم ١٥١٢ ، ورقة ٤٤ ب) : كذا رأيت قول محمد بن محمد من شرح أدب القاضي للخصاف الذى شرحه الجصاص .

التدريس وأنه أبدى ملاحظة بخصوص موضوع البحث^(٣٢) ، كما هو بين من
فقرة 720 حيث علق أحد المحاضرين وهو القاضي أبوسعيد العباد أبادى^(٣٣)
على الموضوع الذى كان الشارح بصدده . والشرح كثيراً ما يشير إلى أن المسئلة
الفلائية وردت قبلاً فى كتاب غير كتاب أدب القاضى ، بمعنى أن الشارح كان
يدرس ويشرح سلسلة من كتب الفقه الحنفى . فى فقرة 693 يذكر فقط من
المسائل ما لم يذكر فى كتاب النكاح ، ولعله يعنى كتاب النكاح من الجامع الكبير
للشيبانى . وفى فقرة 769 رجع الجصاص إلى كتاب النكاح ليطالع على مسئلة
من المسائل . وقد يقول : « والكلام فى هذا قد مر فى كتاب النكاح » ، أو
« فى الجامع الكبير » كما فى فقرة 881 . أو يقول : « والكلام فى هذا موضعه
كتاب الصيام والأضاحى » كما فى فقرة 556 .

ثم إن الشرح فى الصيغة التى وصل بها إلينا بواسطة المخطوطات التى استعملنا
الحصول عليها يقيم عقبتين كان من الصعب التخلب عليهما فى معرفة النص
الأساسى لكتاب الخصاص من شرحه ، وفى معرفة ما إذا كان الشرح كله
للجصاص أو أن أحد تلامذة الجصاص راح فيما بعد يدرس ذلك الشرح فزاد
شرحاً أو تعامقاً من عنده . وهنا يجب القول بالنسبة للعبارة الأولى أننا حاولنا
جهد المستطلاع الثمرة بين النص والشرح ، وكثيراً ما بدأ لنا أن التمييز يرجع
إلى الاجتهاد الشخصى . فعليه قد يكون أصوب علينا أن نعتبر الكتاب مثلاً
للفقه الحنفى والموضوع أدب القاضى بوجه خاص فى منتصف القرن الرابع
المهجرى وهو الوقت الذى ازدهر فيه الجصاص صاحب الشرح . وبما زاد
التمييز بين النص والشرح صعوبة أن كلا من الخصاص والجصاص كان يكتفى

(٣٢) لعل أباً نصر هذا هو أحمد بن عمرو القاضى البغارى الذى كان على قضاء
سمرقند ومات ببغارى سنة ٣٩٦ هـ ، أى بعد وفاة الجصاص بست وعشرين سنة . ويبدو
أنه كان ببغداد حين لقاء تلك الدروس . وجدير بالذكر أنه كان يعرف بالعراقى .
انظر الجواهر الخفية ، ج ١ ، ص ٨٧ .

(٣٣) لسوء الحظ لم نتمكن من ترجمته فى المراجع المتوفرة .

بأبي بكر ، فقول المخطوطة « قال أبو بكر » فيه التباس ، وقد حاولنا معرفة إلى من تشير هذه العبارة بالقرينة . ثم إنه يوجد بعض أبواب كلها شرح للجصاص بدون ذكر لما قال الخصاص . فمثل الجصاص أهمل ما قال الخصاص أو أنه عبر عن معناه بكلماته هو بدون أن يقول : قال الخصاص^(٣٤) . فعليه إن النص الأصلي لكتاب الخصاص هو أطول مما أشرنا إليه بين قوسين { } بأنه كتاب الخصاص . ويؤكد هذا عدة أمور في كثير من الفقرات . ففي فقرة 83 - يعلق الجصاص على قول الخصاص بدون أن يثبت ذلك القول بل يشير إليه إشارة . وفي فقرة 471 يشير الجصاص إلى مسائل بكاملها لم يثبتها . وكذلك في فقرة 713 حيث يقول : وبعد الباب مسائل القسمه بعينها فكرهت إعادتها . وأحياناً يغفل بعض الأبواب بكاملها كما يقول في فقرة 747 : وذكر بعد هذا الباب ثلاثة أبواب كلها مضمنة بهذا الباب وقد استوفينا الكلام فيها كلها في هذا الباب وكرهنا ذكرها للإعادة وخوفاً من التطويل . ومرة لم يثبت المسائل التي وردت في كتاب الأصل لمحمد بن الحسن الشيباني ، وهو يقول : وهي مسائل الأصل فلم نر الاشتغال بها وجبنا في هذا الموضع^(٣٥) . ومن هذا القليل إغفاله للأحاديث التي وردت في كتاب الخصاص ، فهو يقول مثلاً في فقرة 685 : ذكر أحاديث في أول الباب عن التابعين . . . كرهت ذكرها خوفاً من الإطالة . وقد استعنا بطريقة أخرى في التفرقة بين النص والشرح ، وذلك أننا رجعنا إلى شرح آخر لكتاب الخصاص ، وهو شرح ابن مازة حسب مخطوطة البلدية بالاسكندرية رقم ٣٧٧٤ ج ، للمقابلة فوجدنا أن هذا الشرح يختلف عن شرح الجصاص في عدد الأبواب . فأول باب في شرح الجصاص هو : ما أتيح للقاضي من الاجتهاد [فقرة 24] ، أما ابن مازة فيجعل هذا الباب الباب الخامس ويسبقه بأربعة أبواب أخرى هي من نوع المقدمة في شرح الجصاص .

(٣٤) انظر إهداء من فقرة 385 ، وخصوصاً فقرات 408 - 410 .

(٣٥) آخر فقرة 880 .

أما العقبة الثانية ، وهى معرفة ما إذا كان الشرح كله للجصاص ، فقد عايننا الكثير منها خصوصاً وأن المخطوطات التى اعتمدناها لا تذكر أن أحداً خلق على ذلك الشرح . ولكن الأدلة المتضمنة فى نص الشرح لا تترك مجالاً للشك بأن المخطوطات التى بين أيدينا تمثل محضر جلسات تدريس قام به أحد تلامذة الجصاص ودرس فيه شرح أدب القاضى وأحياناً علق على هذا الشرح بسؤال أو ملاحظة من عنده . فالكتاب الذى تقدم له إذاً يحتوى على كتاب الخصاص وشرحه للجصاص وما زاده تليين للجصاص على ذلك الشرح عندما كان يتولى تدريس الشرح . ونحن أثبتنا كتاب الخصاص بين قوسين هكذا : { } ، وعددنا غير ذلك شرحاً للجصاص إلا إذا أشرنا فى ملاحظة فى الهامش أنه من كلام تليين الجصاص الذى كان يدرس الشرح .

والآن ننتقل إلى الأدلة بأن تلييناً للجصاص درس الشرح وعلق عليه ، فنذكر بعضاً منها : تشير فقرة 50 إلى أن المحاضر كان سأل شيخه أبابكر الجصاص عن الحبس للتعزير ، فرد عليه الجصاص . وفى فقرة 146 يقول الشيخ المحاضر : « قلت له » [أى للجصاص] بمعنى أن المحاضر هو تليين الجصاص ولعله كان قاضياً ، إذ أن فى فقرة 119 عبارة : « قيل للقاضى رحمه الله » . ومن المحتمل أن يكون أباجعفر محمد بن أحمد بن محمود القاضى (المتوفى ١٤١٤هـ) فقد درس هذا على الجصاص وأخذ الفقه عنه ^(٢٦) ، وهو الوحيد بين تلامذة الجصاص الذى كان يدعى بالقاضى حسب المصادر المعتمدة . وفى فقرة 428 يعلق المحاضر على ما يقوله الخصاص والجصاص معاً ، وهو يقول : « وقد كنت أسمع الشيخ يقول إن الخلاف بينهم ... » وفى فقرة 873 يقول : « وسألت الشيخ عن الفرق بين حد السرقة والجلد وبين الرجم » . وفى فقرة 882 يقول المحاضر : « هذا الذى قال الشيخ : وليس هذا بواضح » .

وليس أدل على أن الشرح الذى بين أيدينا هو يجعل لما درسه تليذ
للجصاص معلقاً فيه على شرح أدب القاضى من أن فقرة 853 ثبتت ثلاثة آراء
للسألة الواحدة بخصوص تكرار لفظ الشهادة فى الشهادة على الشهادة ، رأى
للخصاف وهو ثمانى مرات ، ورأى للشيخ ، أى الجصاص ، وهو ست مرات ،
ورأى للمحاضر أو المدرس وهو أربع مرات .

ثم إن شهادة المدرس بما يقوله تليذ آخر للجصاص يثبت أن المدرس
فى هذه الحالة ليس الجصاص بل تليذ له . فى فقرة 403 يقول : « كان الشيخ
أبو عبد الله يقول أنه ليس يمنع تسوية الاجتهاد الخ . وأبو عبد الله هذا هو
تليذ آخر للجصاص ، وهو محمد بن يحيى بن مهدى الجرجاني شيخ القندورى
(المتوفى ٣٩٨ هـ) وكان بحث فى أمر الإجماع كما هو مذكور فى فقرة 403
وكما يذكر الأمدى (٣٧) .

تشير جميع الأدلة إذن إلى أن مخطوطات الكتاب الذى نحن بصدده هى
بالحقيقة محضر أو يجعل لمحاضرات ألقاها تليذ الجصاص ودرس فيها شرح
الجصاص على أدب القاضى للخصاف ، وعلق أحياناً على ذلك الشرح .

المخطوطات :

اعتمدنا فى تحقيق هذا الكتاب على مخطوطتين هما مخطوطة ليدن فى
هولاندة ومخطوطة فيض الله فى استانبول ، واستأنسنا بمخطوطة ثالثة هى
مخطوطة جاز الله فى استانبول .

(٣٧) الإحكام فى أصول الأحكام ، ج ١ ، ص ٣٣٦ ، يقول ابن تطلوبنا فى كتابه
تاج الفرائج فى باب الكنى ، أن أبا عبد الله هو يوسف بن على بن محمد الجرجاني صاحب
خزانة الأكل وأنه تليذ الحسن الكرخي [أسعاذ الجصاص] ، ولكن الزركلي يقول
أن كنية هذا الفاضل هى أبو يعقوب وأن تاريخ وفاته هى بعد ٥٢٢ هـ فهو إذاً متأخر
ولا يمكن أن يكون درس على الحسن الكرخي .

وإليك الآن وصفاً لهذه المخطوطات قدر ما استطعنا استخلاصها من الميكروفيلمات ومن فهرس المخطوطات وما كتبه إلى بعض الزملاء في وصفها .

١ — مخطوطة ليدن وقد أشرنا إليها بحرف ل : وهي رقم ٥٥٠ من فهرست ليدن للمخطوطات :

(Catalogus Codicum Orientalium Bibliothecae Academiae Lugduno Batavae — Volumen Quartum MDCCLXXVII)

وتتألف من ٢٦٦ ورقة . وقد وصفها لي الزميل جورج مقدسى (٣٩) فقال :

إن أول صفحتين (دون ترقيم) هما بالحبر الأسود ، وهما بمثابة فهرست للأبواب مع رقم الصفحات . أما باقي المخطوطة فهو بحبر بني ، كالح تخلل ورق المخطوطة فأكسبه لوناً بلياً . غير أن أقسام المخطوطة المختلفة جرى فصلها أولاً بالحبر الأحمر مثل كلمة « فصل » أو كلمة « مسألة » ، وللملاحظات على الهامش بحبر أسود ، مع وجود ملاحظات بحبر بني . أما بعد ورقة ١٣٢ فصارت كلمات « فصل » و « مسألة » و « قال » تكتب بالحبر الأحمر أو الأسود دون تمييز . وجدير بالذكر أن ابتداءً من ورقة ١٦٥ أ (٤٠) صار النص كله بالحبر الأسود حتى ورقة ١٩٧ ب ، وكذلك من ورقة ٢٠٩ أ حتى آخر الكتاب .

المخطوطة مجادة بمجلد نقش عايه باليد ، وفي وسط الغلافين نقش بصورة ورقة .

الورق سميك جيد ، ولكنه غير صقيل .

طول الكتابة ٢٤ ، ١٥ سم وعرضها ٤٣ ، ١١ سم .

(٣٩) في رسالة منه من مارغريد بتاريخ ٤ أكتوبر سنة ١٩٦٥ بعد زيارته لمدينة ليدن .

(٤٠) انظر أدناه : الفقرة الثانية من قسم مقابلة المخطوطات وأسلوب التصغير .

ومخطوطة ليدن هي أقدم المخطوطات الثلاث فقد وقع الفراغ من كتابتها سنة ٥٩٢هـ في مدينة حلب ، وذلك في العهد الأيوبي بعد وفاة صلاح الدين بثلاث سنوات . تقول خاتمة المخطوطة .

تم كتاب أدب القاضي للنخاس رحمه الله ، ووقع الفراغ من نسخه يوم السبت في سابع عشر من ذى القعدة من سنة اثني [كذا] وتسعين وخمسمائة وكتبه العبد الفقير الراجي لغفران الله تعالى فلاح بن مناع غفر الله له ولوالده ولجميع المسلمين ، بالمدرسة الحرة [؟] الحنفية بمدينة حلب ، حماها الله تعالى ورحم بانيها ونفع ساكنيها بمحمد وآله وأصحابه الطاهرين .

ولسوء الحظ لم نعر على اسم الكاتب في المراجع المتبعة لنعرف مدى تبحره في الفقه ، ولكن الأخطاء الكثيرة في النقل والتنقيط وكثرة الاضطراب في المعنى تدل على أنه لم يضرب بهمم وأفر فيه ولا في اللغة . ولم تأيئن من المدرسة التي جرى النسخ فيها ، ولعلها هي المدرسة الحنفية التي كانت كنيسة فيما قبل وجدد فيها الملك العادل نور الدين إيوانا وجعله مدرسة لتدريس مذهب أبي حنيفة (٤١) .

ولسنا نعرف بالتأكيد لمن نسخت هذه المخطوطة إذ كل ما لدينا هو لقب للمسوخة له . تقول المخطوطة في آخر صفحة منها وبعد صفحة الخاتمة ، ولكن بالخط نفسه :

برسم الصدر الكبير المحترم ضياء الدين أدام الله أيامه وحرس أنعامه وضاعف إقداره ، ولا زالت الأيام تلبس من محاسنه

(٤١) انظر مكتب الأعمال المطبوعة في ذكر أمراء الشام والجزيرة ، تأليف عز الدين محمد بن علي بن إبراهيم ابن هداد (المتوفى ٦٨٤ هـ) وتحفيظ دويكيل سوري ، دمشق ، ١٩٥٣ ، ص ٤٥ .

جديداً ، ومن مناقبه حقوقاً ، ما طرد ليل نهاراً وطلب سيل
قراراً ، لأنه على ذلك قدير .

ولقب الصدر هذا يغلب لإطلاقه على رجال الدين ، وقد استعمل منذ أوائل
القرن السادس (٤٢) .

وعلى الرغم من كثرة الأخطاء والاضطراب في المخطوطة فقد تعهدنا أحد
أئمة الحنفية المعروفين ، إذ يوجد في أسفل آخر صفحة من المخطوطة بخط
دقيق مخالف لخط المخطوطة ما يلي :

بمعد [٩] العبد الضعيف عباس بن أبي سالم بن عبد الملك الحنفي
حفا الله عنه تابع [٩] الشيخ خليفه بن حفاظ [٩] المقيم بحجة
المعروف بان العادة رحمه الله بحجة بتاريخ مستهل جمادى الآخرة
سنة ست عشرة وستائة هجرية .

وعباس بن سالم بن عبد الملك كان إماماً فقيهاً سمع وحدث . سمع بدمشق
عن أبي علي حنبل بن عبد الله بن الفرّج ، وبحاب من الشريف أبي هاشم
عبد المطلب بن الفضل الهاشمي ، وتوفي سنة ست وخمسين وست مئة بدمشق (٤٣)

ومن العليم أن يكون قد تداول المخطوطة كثيرون ، وصفحة العنوان
قد احتفظت لنا ببعض أسمائهم . إنما لم يتيسر لنا التثبت من شخصياتهم . والملاحظ
أن اثنين من الأسماء يتدنان ب « نوبة » ، أي جلسة التدريس ، مما يدل على

(٤٢) انظر الألقاب الإسلامية ، لحسن الباشا ، القاهرة ١٩٥٧ ، ص ٣٧٧ .
والإشارة إلى ضياء الدين هي قطعاً ليست لضياء الدين ابن الأثير الذي ترجمته في العبر
في خبر من غير ، للمعافظ الذهبي ، بصحيف صلاح الدين المتجدد ، ج ٥ ، ص ١٥٦ ، على الرغم
من الاتفاق في الأقب وتقارب التاريخ ، إذ أنه لم يذهب إلى حلب حتى سنة ٦٠٧ هـ .

(٤٣) الجواهر المصنعة ، ج ١ ، ص ٦٩ :

أن المخطوطة قد استعملت في التدريس . وهي هكذا : نوبة أحمد بن الزرغشي الحنفي ، ونوبة الحسن بن عبد الله الحنفي . وفي وسط الصفحة الأعلى : من كتب العبدوسى سنة ١٠٢٨ . ثم إلى شمال عنوان الكتاب : من كتب العبد الفقير إلى الرحمن القدير محمد بن الحسن [؟] المشتهر بأمر حاج النغير [؟] الحنفي .

أما عنوان المخطوطة فيجىء في رابع صفحة ، بعد الفهرست ، وهو كما يلى : كتاب أدب القاضي للخفاف بما علق عن أبي بكر أحمد بن علي الرازى قدس الله روحه ونور ضريحه بمنه وكرمه . ثم بخط مخالف ومتأخر ما يلى : مصنف هذا الكتاب أحمد بن عمرو ، وقيل عمر ، بن أمهر ، وقيل مهران ، أبو بكر الخفاف الشيباني ، مات ببغداد في سنة إحدى وستين ومأتين . ثم بنفس الخط : شارح هذا الكتاب أحمد بن علي أبو بكر الرازى المعروف بالخصاص رحمه الله تعالى ، توفي في يوم الأحد سابع ذى الحجة سنة سبعين وثلاثمائة ببغداد .

٢ - مخطوطة فيض الله وقد أشرنا إليها بحرف ف : وهي رقم ٦٥٨ من مجموعة فيض الله المحفوظ بها الآن في (ملة كتيبة سى) في استانبول . وهي تتألف من ٢١٥ ورقة، وفي كل صفحة منها واحد وعشرون سطرا ، وطول الكتابة ١٩٢ سم وعرضها ١٢١ سم . وبما يلاحظ أن خمس ورقات بعد ورقة ٤٨ سقطت ثم أعيدت إلى غير مكانها ، فهي تقع الآن بين ٦٩ و ٧٨ ب . وعليه يجب الرجوع من ٧٨ ب إلى ٤٩ أ لاستئناف النص كما كان أصلا . والكتابة بجهر أسود وكذلك الفواصل .

ولسوء الخط لا تذكر الخاتمة تاريخ انساخ المخطوطة ولم نستطع التوصل إلى معرفة التاريخ بالاستقراء اعتمادا على اسم الناسخ واسم المنسوخة له . إنما لا نشك في أن شكل الخط هو من القرن السابع ، كما لا نشك في أن الناسخ

كان يتقن العربية وكان ذا خط جميل واضح في أكثر الأحيان . أما الخاتمة ،
وهي التي تذكر اسم الناسخ والمسخة له ، فهي بخط مخالف لخط المخطوطة ،
فيتعدّل لذلك الاعتماد على هذه الخاتمة لمعرفة تاريخ المخطوطة حتى ولو استطعنا
التعرف إليهما . تقول الخاتمة :

تفضل المولى الإمام العالم السيد الصدر الكبير جمال الدين نضر
الإسلام والمسلمين أدام الله أيامه على خادمه مفضل بن أحمد
بن المذهب بانتساخ هذا الكتاب فليسخه من أوله إلى آخره .
ولكن المولى الإمام جمال الدين أدام الله سعادته أبداً دأبه يجرى
مكرمة ويسدى عارفة ويقتنم أجراً ويسترق حرماً [؟] لا زال
أبداً كعبة للقاصدين وملجأ وموئلا للطالبيين بمحمد وآله الطاهرين
أدام [الله] عليه أفضل ما خوله وبقي النعمة عليه وله .

ولم يرد اسم الناسخ في المصادر المعتبرة . أما جمال الدين فهو لقب ولا يدل دلالة
قاطعة ، وكان يطلق في أوائل العصر المملوكى عادة على من كان اسمه يوسف
من القضاة والعلماء ^(٤٤) . وقد خطر لنا أن هذه الخاتمة زيدت فيما بعد ، فهي
بخط مخالف لخط المخطوطة ، ثم إنها تأتي مباشرة بعد خاتمة أخرى مقتضبة
بخط المخطوطة الأصلي وتقول : آخر تعليق أدب القاضي للجصاص ، والحمد
لله رب العالمين والصلاة على سيدنا محمد النبي وعلى آله وأصحابه المنتخبين الطاهرين
وحسبنا الله ونعم الوكيل . وخطر لنا أيضا — ونحن نقدم هذا الرأي بكثير
من التحفظ — أن الخاتمة المزيدة تشبه الساعات التي تراءى في آخر المخطوطات
. بمعنى أن الملقب بجمال الدين كان يملك هذه المخطوطة ، فتفضل على مفضل

(٤٤) الألقاب الإسلامية لحسن الباشا ، ص ١٠٤ . غير أن قاضي القضاة الخليلي
في أيام الظاهر يرفق ، وهو أول المالك البرجية ، كان اسمه جمال الدين عمود الملهي
اليسرى . انظر الألقاب الإسلامية ، ص ٩١ .

أبن أحمد بن المهذب وسمح له بانتساخها ، فكتب مفضل في آخر المخطوطة التي نسخ منها هذه « الخاتمة » المزينة اصترافاً منه بمفضل جمال الدين عليه ، كما كان يفعل بالسماعات في آخر مخطوطات الكتب التي يجري تدريسها ، فهي تشهد بسماع فلان وفلان عند قراءة كتاب كذا على المؤلف أو على شيخ له إجازة بتدريسه . وإذا كان الأمر كذلك فهذه « الخاتمة » لا تفيدنا في معرفة تاريخ المخطوطة .

وبما يلاحظ أن صفحة العنوان ، شأنها شأن صفحة الخاتمة ، تشير إلى كون الكتاب من تأليف الجصاص دون ذكر كونه شرحاً على كتاب الخصاص فهي تقول : كتاب أدب القاضي للجصاص ، تأليف الإمام الكبير أبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص ، قدس الله روحه ونور ضريحه . ولكن النص يدل بطبيعة الحال على أن الكتاب هو شرح للجصاص — أو « تعاليق » كما تقول الخاتمة — على كتاب الخصاص .

أما الذين ملكوا المخطوطة فلا يقل عددهم عن الثمانية ، وتظهر أسماؤهم على الصفحتين الأولى والثالثة من المخطوطة . إلا أننا لم نعرف إلى أحد منهم سوى الأخير وهو الذي جعل المخطوطة وقفاً وهو « السيد فيض الله في السلطنة العالية العثمانية » ، ففي آخر صفحة من المخطوطة ختم وقف السيد فيض الله ، وهو كما يلي : وقف شيخ الإسلام السند فيض الله أفندي غفر الله له ولوالديه ، بشرط أن لا يخرج من المدرسة التي أنشأها بقسطنطينية سنة ١١١٣ .

وليس أدل على أهمية هذه المخطوطة من الوجهة العلمية من أن هذا العالم الجليل قد اعتمدها ومن ثم أوقفها لمدرسته . ففيض الله هذا هو المعروف بفيضي الأرسرومي ، وهو ابن السيد محمد بن بير محمد بن أحمد بن شيخ جنيد ، الحنفي ، مفتي الإسلام . والمتوفى شبيهاً سنة ١١١٥ ، وله تصانيف في العقائد والتفسير ، كما أن له الفتاوى الفيضانية . وكان مقرباً من آل عثمان فصار معلماً

ومؤذناً للسلطان مصطفى سنة ١٠٨٠ ، وأعطى الملازمة والتدريس ، ومن بعده السلطان أحمد حتى قتل في فترة أدرنة . ومن أعمال البر التي قام بها لإنشائه مدرسة وجامعاً في أرضروم ، وداراً للحديث في دمشق ، ومدرسة ومكتبة (كتب خاتنة) في استانبول (٥٠) ، وهي المكتبة التي احتوت المخطوطة التي نحن بصددھا .

٣- مخطوطة جاز الله ، وقد أشرنا إليها بحرف ج : وهي رقم ١٦٨٩ من مجموعة جاز الله المحفوظ بها الآن في (ملة كتبخانه سي) في استانبول ، وهي تتألف من ٢٠٢ ورقة ، وفي كل صفحة منها واحد وعشرون سطراً ، وطول الكتابة ٢٠٤٨ سم وعرضها ١٣٤٢ سم والكلمات الفاصلة بالحبر الأحمر ، وكذلك المخطوط فوق الآيات القرآنية .

وهذه المخطوطة هي أحدث المخطوطات الثلاث تاريخياً ، فقد نسخت في منتصف القرن العاشر . تقول الخاتمة : وقد تم كتاب شرح أدب القاضي للنصاف ، تأليف الشيخ الإمام العالم الكبير أبي بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص ، قدس الله روحه ونور ضريحه ، في يوم الخميس المبارك ثالث شهر ذي القعدة الحرام سنة ٩٤٩ هـ ، على يد أقل عباد الله وأحوجهم إلى رحمته ومغفرته عبد الرحمن بن أحمد بن عكاشة الأزهرى الشافعى ، سألحه الله وغفر له ولوالديه ولما لكه والناظر فيه والمسلمين .

أما ناسخ المخطوطة ، عبد الرحمن بن أحمد بن عكاشة ، فلا ذكر له في

(٤٥) انظر سيرة حياته في هدية السائقين لاسماعيل باشا البندادى ، استانبول ، سنة ١٩٥١ ، ج ١ ، ص ٨٢٣ ، وسلك الدرر ل محمد خليل المرادى ، القاهرة ، سنة ١٣٥١ هـ ، ج ١ ، حيث أثبت اسمه خطأ تحت مادة : فضل الله ، والموسوعة الاسلامية ، الطبعة التركية ، تحت مادة : Foyzullah Effendi .

المراجع المعتبرة لذلك العصر كالشوكاني، والغزى، وابن العماد^(٤٦)، إنما لاشك في أنه كان له اضطلاع واسع على قواعد العربية وعلى الفقه الاسلامى عامة لكونه شيخاً أزهارياً. فهو كثيراً ما يحاول تقويم الأصل الذى نقل عنه إن وجد فيه غموضاً، فتكون النتيجة أسلوباً سلساً ولكنه يبعد بعض الشيء عن الأصل، لذلك فإننا لم نعتمد على هذه المخطوطة لتحقيق الأصل بل رجعنا إليها فقط الاستثناس والمساعدتنا أحياناً في حل رموز ما أشكل، كما فعلنا في فقرة 330.

على أن هذه المخطوطة كانت موضع اعتماد بعض من ملوكها، ففي مقابل الصفحة الثانية من الفهرست ذكر بعض النقاط المهمة مع ذكر الصفحة التى ترد فيها تلك النقاط، مما قد يدل على أن هذه المخطوطة كانت تستعمل كمرجع في القضاء غير أننا لم نتعرف إلى من ملكها قبل ما لها إلى ولى الدين جبار الله الذى أوقفها كما سيظهر. ومن هؤلاء المدعو نعمة الله والشهير بصدر الدين، ومنهم أيضاً محمد منير [؟] المعروف بكوازاده - ملكها سنة ١١٢٣. ثم انتقلت ملكيتها إلى ولى الدين المذكور إذ يوجد في أعلى صفحة العنوان إلى الدين هذه الملاحظة: من لطف الله على أبى عبد الله ولى الدين جبار الله سنة ١١٣٥. وأبو عبد الله هذا هو ولى الدين بن مصطفى اليشهرى القسطنطينى، والملقب بجبار الله الرومى، ولد في ينشهر (يكيشهر) وجاور بمكة سبع سنين، وسكن استانبول فبنى فيها مدرسة ومكتبة قرب مسجد الفلح. وتوفي ١١٥١هـ - ١٧٣٨م ودفن في تلك المدرسة. ونقلت المكتبة بعده إلى جامع السلطان بايزيد. وله تصانيف في الجهاد والمنطق والتفسير^(٤٧). فالمخطوطة المشار إليها هي من تلك

(٤٦) المراجع هي: ١ البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع لحمد بن طي الدوكاني المتوفى سنة ٢٥٠ هـ والكواكب السائرة بأعيان مكة العاشرة، لنجم الدين الغزى، تحقيق جبرائيل جبور، بيروت ١٩٤٥؛ وعلوات الذهب، لعبد الحى ابن العماد المتوفى سنة ١٠٨٤ هـ، القاهرة ١٣٥١ هـ.

(٤٧) انظر ترجمته في الاعلام للزركلى، ج ٩، ص ١٣٧، ولى مدينة المارفين

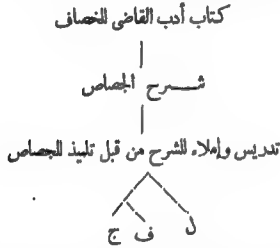
المكتبة التي أصبحت فيما بعد قسما من (ملة كتيخانه سي) في استانبول، وهي تحمل في آخر صفحة منها ختم وقف جدار الله .

مقابلة المخطوطات وأسلوب التحقيق :

كتنا ذكرنا في معرض كلامنا عن الشرح أن المخطوطات التي بين أيدينا تمثل محضر جلسات تدريس قام به أحد تلامذة الجصاص ودرس فيه شرح أدب القاضى ، وأحيانا علق على ذلك الشرح بسؤال أو ملاحظة من عنده . فمخطوطة ل تمثل ما أثبتته أثناء تلك الدروس ، وعلى طريقة الاستملاء ، أحد التلاميذ ، ومخطوطة ف تمثل ما أثبتته تلميذ آخر . فالنص فهما يكاد يكون واحداً إلا أن هنالك إختلافاً في بعض الكلمات مع كون مدلولها واحداً - وهو ما يقع عند الاستملاء الشفهي وليس عند النقل الحرفي الكتابي . ثم إن هناك فقرات بأكملها أثبتتها إحدى المخطوطتين في حين أغفلتها الأخرى . أما مخطوطة ج فهي تشبه مخطوطة ف في نصها غير أنها لم تنقل عنها لوجود بعض الاختلاف بينهما - فمثلاً إن فقرة 434 موجودة في ج وليست في ف - وأغاب الظن أن هاتين المخطوطتين نقلتا عن نفس المصدر أو أنهما متفرعتان عنه .

وجدير بالذكر أن ابتداء من ورقة ١٦٥ من مخطوطة ل تقل الاختلافات بينها وبين مخطوطة ف . وإذا ما تذكرنا أن مخطوطة ل ابتداء من تلك الورقة (٤٨) تغير لون الكتابة فيها وصار بالمداد الأسود ، جربنا ذلك إلى التتبعين أن مخطوطة ل ابتداء من تلك الورقة جرى انقطاع في مصدر نسخها السابق فصارت تنقل عن نفس المصدر الذي تسلسلت عنه مخطوطتان ف وج .

وعليه يمكننا أن نصور علاقة المخطوطات مع بعضها — على الأقل حتى ورقة ١٦٩ من ل — على الشكل التالي :



إن مخطوطة ل هي أقدم المخطوطات الثلاث فقد نسخت سنة ٨٥٩٢ م ومع أنها فيها اضطراب كثير، ورغم الالتباس الناشئ عن أخطاء كثيرة في تنقيط الحروف فيها، فهي تمثل أقرب صيغة إلى الأصل. وكثيراً ما استطعنا حل مشكل ما بالرجوع إليها عوضاً عن مخطوطة ف التي تمثل صيغة أصح في كثير من المواضع ولكنها أحياناً لا تفك الإشكال (٤٩). وكما قلنا سابقاً أننا لم نعتمد على ج للأسباب المذكورة، بل رجعنا إليها فقط للاستئناس وللتيقن بما صعب قرأته. وعليه فكان الاعتماد أساساً على ل إلا إذا رأينا من الأصوب إثبات ما نقوله ف توضيحاً للمعنى. وفي كثير من الفقرات، وخصوصاً ما بين فقرة 408 وفقرة 482، أثبتنا ما نقوله ف إذا ظهر لنا أن ما نقوله ل مضطرب ويصعب استخلاص المعنى منه. وفي بعض المواضع أثبتنا بعض الأحاديث ذات الصبغة المعنوية — لا القانونية — الواردة في ف مع أن ل أغفلتها بسبب أن تلك المخطوطة ذات نزعة عملية أكثر منها تهذيبية أو أخلاقية.

(٤٩) انظر مثلاً فقرة 438 حيث القول كل من ف و ج : إذ البينة لا يقع بها قضاء ! في حين أن ل أثبتت النص الصحيح وهو : أن البين لا يقع به قضاء .

ولقد اتبعنا طريقة تدل على أية مخطوطة اعتمدنا عليها ، وذلك أننا إذا أثبتنا ملاحظة في الهامش تنص على أن مخطوطة ل تقول كذا فمعناه أن المثبت في المتن هو من ف ، والعكس بالعكس . أما إذا اعتمدنا على ج في بعض الأحيان فإننا نذكر ذلك في الهامش .

لقد أبقينا تقسيم الكتاب على حاله ، ف عناوين الأبواب ، وهى مئة وستة أبواب ، كافية للدلالة على موضوعات الكتاب ، وتختلف الأبواب فيما بينها ، فبعضها يتخللها مسائل وفصول ، وبعضها لا . فالمسائل ، كما يدل اللفظ ، هى للنقاط التى تطرح بشكل سؤالات نظرية وتبتدىء غالباً بالقول « ولو أن .. » ، أما الفصول فهى ، كما يدل معناها ، للتفريعات عن المسائل . كأن تكون نقاطاً ثانوية مبنية على المسائل ، أو استدراكات لا تتبع المسائل ، أو أموراً تمت إليها بسبب (٥٠) . غير أن مخطوطات الكتاب لا تتبع دائماً هذا النظام الريب ، فكثيراً ما ينتظر القارىء وجود كلمة «مسئلة» عند ورود نقطة نظرية افتراضية فلا يجدها ، وكثيراً ما تخط المخطوطات بين كلمتي «مسئلة» و «فصل» ، فتثبت واحدة إحدى الكلمتين بينما تثبت الثانية الأخرى . وقد أشرنا إلى ذلك الاختلاف في حينه بالهامش .

أننا سعينا جهدنا في التعريف بالآيات القرآنية ، فأشرنا في الهامش إلى السورة ورقها ورقم الآية ، وفي التعريف بالأحاديث النبوية ، فرجعنا إلى كتب الحديث المعتمدة ، مثل الكتب الستة ، لمعرفة ما إذا كان الحديث وأردأ فيها . وفي التوصل إلى ذلك اكتفينا بالرجوع إلى المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوى ، ترتيب أ . ي ونسك وآخرين ، ثم إلى واحد من المراجع المذكورة هناك . وفيما ندر من الحالات رجعنا إلى مرجعين وإذا لم نعثر على الحديث في ذلك المعجم قلنا : لم نعثر عليه في ونسك . وإذا

تكرر ورود الحديث بنفسه في باب واحد فإننا اكتفينا بالتعريف به مرة واحدة في ذلك الباب . أما أسماء الأشخاص الواردة في الكتاب فإننا علاوة على التعريف ببعض منهم بالهامش خصصنا ملحقاً بالأسماء في آخر الكتاب مع نبذة صغيرة لكل اسم كي يسهل التعرف إليها إذا ما وردت في الكتاب غير مرة ، وفي الغالب اكتفينا بالرجوع إلى كتاب الأعلام للزركلي فهو يذكر في كل ترجمة المصادر التي استقى المادة منها ، فلاحاجة إلى إعادتها . وإذا لم يرد الاسم في ذلك الكتاب رجعنا إلى المصادر الأولية ، وفي الغالب اكتفينا بمصدر واحد أو اثنين . بيد أننا في التعريف بالأسماء أغفلنا رجال الأسانيد واكتفينا بالتعريف بالمصحاتي أو التابعي راوى الحديث ، فهذا الكتاب هو كتاب فقه وليس بكتاب حديث ، والجصاص نفسه كثيراً ما أغفل الأسانيد والأحاديث التي وردت في كتاب الجصاص ، كما في فقرة 685 . وأحياناً أغفلنا التعريف بمن ذكر عرضاً وليس في التعريف به من كبير فائدة .

بقي أن نشير في وصفنا لأسلوب التحقيق أننا في إثبات الاختلافات بين المخطوطتين الرئيسيتين ، لوف ، أهمنا ذكر الاختلافات الطفيفة التي لا تهم اختلافاً في المعنى كالواو والفاء للعطف — إلا إذا كان المراد التسامع — وكسر في الجر : في وب ، وكقول : من قبل أن ... ولأن ، وكالتقديم والتأخير في الجمل بدون قصد التمييز في المعنى . وكذلك أهمنا الاختلاف في عبارات الترحم والترضى والتصلية والتسبيح مثل : رحمه الله ، ورضى الله عنه ، وصلى الله عليه وسلم ، وعليه السلام وعز وجل ، وسبحانه ، وتعالى . ثم إننا اتبعنا في التهجئة الاصطلاح الحديث وأغفلنا ذكر الاختلافات بين المخطوطات في هذا كما أغفلنا ذكر الأخطاء في التهجئة وخصوصاً في حالات الجرم ، ومصححنا الأعداد من تذكير وتأنث وفق قواعد العربية .

الرموز :

لقد استخدمنا هذه الرموز إما للإيجاز أو للدلالة على أحد المعاني :

ل : مخطوطة لندن .

ف : مخطوطة فيض الله باستانبول .

ج : مخطوطة جاز الله باستانبول .

// : آخر الصفحة من المخطوطة المشار إليها بين القوسين التابعين [] ،
والوجه من الورقة يشار إليه بـ أ ، والظاهر يشار إليه بـ ب .

٣) ٣ : القوس الصغير المفتوح مع عدد ما إلى قوس آخر مغلق
مع نفس العدد يعينان أن المادة بين القوسين هي موضوع
الملاحظة ذات العدد نفسه في الهامش .

(. . . .) : للايات القرآنية .

« » : للأحاديث النبوية .

{ } : ما بين هذين القوسين هو من كتاب الخصاص ، وماعده
هو شرح .

[. . . .] : ما بين هذين القوسين مزيد من قبل المحقق .

الأعداد اللاتينية : هذه تدل على الفقرات التي قسمنا الكتاب إليها تسجيلاً
للإشارة إلى المادة في الملاحظات الهامشية وفي الفهارس . إلا أنه وقع خطأ في
الترقيم خلّفت الأعداد بين 60 و 70 .

وأخيراً يسعدنا أن نعترف بفضل الأشخاص الذين ساعدونا في تحقيق
هذا الكتاب والمترجمات التي دعمتنا مالياً لإنجازه : الزملاء إبراهيم أبو لغد ،

وجورج مقدسى ، وفيليب ستودارد ساعدونا إما فى الحصول على ميكروفلات المخطوطات أو فى وصفها لنا . السادة عبد الوهاب المسيرى ، وسعد السباعى ، وضرغام سبيت ساعدونا فى مقابلة المخطوطات وفى إعداد الفهارس . جامعة برنستون ، حيث كنا من أساتذتها ، وجامعة واشنطن ، حيث نعلم الآن ، تكرمنا فيئتنا لنا بعض الوقت للتفرغ لعمل التحقيق . وكذلك تكرم مركز البحوث الأمريكى بمصر لخصص لنا زمالة لإنهاء التحقيق فى القاهرة حيث كنا نحيط عناية مركز الدراسات العربىة بالجامعة الأمريكية . وبالقاهرة سعدنا بمشورة بعض الأصدقاء نفص بالذكر منهم الدكتور محمد البهى ، والمرحوم الشيخ محمد أبوزهرة ، والدكتور حمدى سكوت ، والدكتور برنارد وايز . وقد أشرف الأخيران على الطبع . فجميع هؤلاء شكرنا الخالص على ما قدموه من مساعدة كما نشكر مطبعة الجامعة الأمريكية بالقاهرة ، ومطبعة الجبلاوى على إنجاز طبع هذا الكتاب ونشره .

فرحات زيادة

سياتل ، واشنطن

١ أغسطس ١٩٧٧

بسم الله الرحمن الرحيم ربِّ يسر خيراً^(١) [ل ا ب]
[ف ا ب]

1 قال الشيخ الإمام أبو بكر أحمد بن علي الرازي : لا يجوز لأحد أن يتولى القضاء حتى يكون عالماً بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي والنظر ، وذلك لأنه^(٢) إذا كان عالماً بالنص في الكتاب والسنة إلى أنه لا^(٣) يعرف الاستدلال والنظر ورد الفروع إلى الأصول لا يقدر أن ينفذ الحكم في حادثة إذا وقعت^(٤) وهي لم توجد في الكتاب والسنة^(٥) ، فلا بد له من أن يعرف اجتهاد الرأي والنظر ورد الفروع إلى الأصول ، ولا بد له من أن يعرف حكم الكتاب والسنة أو عامته^(٦) ، لأنه وإن كان عارفاً بالاجتهاد والنظر فإنه إذا لم^(٧) يعرف النص^(٨) لم يأمن أن يحكم بالاجتهاد مع وجود النص ، فيكون حكمه غير نافذ ، لأنه لا حظ للقياس مع النص . فلهذا^(٩) قلنا إنه لا بد له^(١٠) من معرفة النص^(١١) واجتهاد الرأي والنظر .

2 قال أبو بكر رحمة الله عليه : فإذا حصلت له^(١) هذه الصفة وهو عدل

-
- 1 (١) ف : اللهم يسر . ج : لا إله إلا الله عند لقائه .
(٢) ف : أنه .
(٣) ف : لم .
(٤) ف : مما لا يوجد في نص الكتاب والسنة . وفي ج : مما لا يوجد في بعض الكتاب والسنة .
(٥) هكذا في ف ، ج . في ل : علامته .
(٦) ف : يمكن يحكم بالنص .
(٧) هكذا في ف ، ج . في ل : فإذا .
(٨) ساقط من ل .
(٩) ف : معرفته النص . وفي ج : معرفة بالنص .
2 (١) ساقط من ل .

جاء له أن يتولى القضاء مع^(٣) سلطان عادل^(٤) أو جائر ، وحكمه نافذ . أما إذا كان الموالي له عادلاً فلا شبهة في جواز ولايته القضاء بالكتاب والسنة والإجماع . إمام الكتاب فقوله تعالى ﴿ وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾^(٥) وهذا خطاب لكافة الناس ، والإمام العادل يقوم مقام الكافة في إقامة حقوق الله تعالى ، ^(٦) « فله أن ينصب » أيضاً من يقوم^(٧) بإقامة الحدود وغيرها من الأحكام^(٨) . إذ كان ذلك حقاً لله تعالى^(٩) . ^(١٠) وغير ذلك من الرأي يدل على ذلك^(١١) . ومن جهة السنة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذاً إلى اليمن وولاه الأحكام . وقد ولى أيضاً غير معاذ فإنه^(١٢) قد ولى علياً بن أبي طالب وعمار بن ياسر وخالد بن الوليد على الجيش ، وعليه^(١٣) إجماع الأمة . وأما إذا كان الساطان الموالي للقضاء جائراً فإنما جاز للقاضي أن يتولى القضاء من جهته إذا كان عدلاً في نفسه ، لما قمت أن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم تولوا^(١٤) الأمور من جهة معاوية ومن نحوهم من الخارجين على علي عليه السلام ، وكان الحق مع علي رضي الله عنه . وروى أن الحكم بن عمرو الغفاري لما ورد عليه رسول معاوية قال له : إن أمير المؤمنين أمرك أن تصطنى له الصفراء^(١٥) // [ف ٢ أ] والبيضاء ، يعني الذهب والفضة . // [ل ٢ أ] قال له الحكم : كتاب الله عز وجل قبل كتاب أمير المؤمنين ، قال الله تعالى ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ .

(٣) ساقط من ف .

(٤) ف : من .

(٥) سورة المائدة ، ٤٩ : ٥ .

(٦) كذلك ف . ل : فكان ينصب .

(٧) مزيد هنا في ج : مقامه .

(٨) ف : إذا كان ذلك من حق الله تعالى .

(٩) كذلك ف ، ج . ل : ويدل على ذلك من غيرها من الآية .

(١٠) ساقط من ف . (١١) ف : وهي .

(١٢) كذلك ف ، ج . ل : يتولوا .

الآية^(١٣). ثم قام فصعد المنبر وخطب الناس وقال : إن معاوية أمرني أن أصطفي له الصفراء والبيضاء ، وإن كتاب الله قبل كتاب معاوية ، فاغدوا^(١٣) على غنائمكم حتى أقسم بينكم ، وذكر الحديث^(١٤). ثم قال : اللهم لا تبقني^(١٥) بعد هذا . فقول من للمنبر ومات . ففي هذا الخبر دليل على جواز^(١٦) ولاية القاضي القضاة^(١٧) من السلطان الجائر إذا خلى بينه وبين الأحكام ومتى^(١٨) لم يخل بينه وبين^(١٩) الأحكام لم يجر أن يتولى^(٢٠) لأن الحكم لما أمره معاوية بخلاف ما حكم الله تعالى بمعنى الموت وترك الإمرة . كذا قال الشيخ رحمه الله : يجوز^(٢١) أن يتولى^(٢٢) على أن يُخلَى^(٢٣) هو وأحكامه فأما إذا لم يُمكن من إنفاذ الأحكام لم يجر له الدخول فيه^(٢٤) .

فصل^(١)

3 قال أبو بكر رحمه الله : والمستحب عندنا الامتناع من الدخول فيه من قبل أن إنفاذ الأحكام من حق لله تعالى لم يلزمه^(٢) بعينه فله أن لا يلزم نفسه ، لأنه لو ألزم نفسه لم يأمن أن يألو فيها ، فيكون قد ألزم نفسه حقاً لم يقم به ، فيكون مأخوذاً به . والآثار التي رويت عن النبي صلى الله عليه وسلم^(٣) في وعيد القضاة وشدة ما يكون لهم بهذا المعنى . روى عن النبي عليه السلام^(٤) أنه قال : يجاء بالقاضي^(٥) يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يود لو^(٦) لم

(١٧) سورة الأهل : ٨ ، ٤١ . ج : فأعدوا .

(١٤) لعله يشير هنا إلى الأحاديث الخاصة بقسمة التهمة على خمسة أخماس . انظر

تفسير الطبري ، ج ١٠ ، ص ٦ .

(١٥) ف ، ج تلفي . (١٦) ف : الولاية .

(١٧) ف : وإنه متى . (١٨) مزيد هنا ف : إظهار .

(١٩) ف : يتولاه . (٢٠) ساقط من ف .

(٢١) ساقط من ل .

3 (١) كلمة « فصل » موجودة في ف ، ج ، وليس في ل .

(٢) مزيد هنا في : هو . (٣) ساقط من ج .

(٤) مزيد هنا في : العمل . (٥) ل : أ .

يكن قضي بين اثنين^(٦)، ولأن فيه إيفاء^(٧) حق بنى آدم وإنفاذ حكم الله تعالى وليس كل^(٨) أحد يقدر على إنفاذه حسب الواجب . وروى عن علي عليه السلام أنه خطب الناس بذي قار وعليه عمامة سوداء فقال : أيها الناس إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ليس من وال ولا قاض إلا ويؤتى به يوم القيامة حتى يوقف بين يدي الله تعالى على الصراط ثم تشر الملائكة سيرته فيقرأ على رؤوس الخلائق ، فإن كان عدلاً نجاه الله بعمله وإن كان غير ذلك انتفض به الصراط انتفاضة صار بين كل عضوين من أعضائه مسيرة مائة سنة ، ثم إن الصراط ينخرق به فما يتلقى^(٩) قعر جهنم إلا بوجهه وخرق^(١٠) [ف ٢ ب] جينته^(١١) . وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم // [ل ٢ ب] د^(١٢) من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين^(١٣) . وعن مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله . وعنه عليه السلام أنه قال^(١٤) لا بى ذر د إني أراك ضعيفاً وإني أحب لك ما أحب لنفسى فلا تسوئين^(١٥) مال اليتيم^(١٦) ولا تسامر^(١٧) على اثنين^(١٨) . ولو كان المستحب الدخول فيها ما كان النبي عليه السلام يختار^(١٩) لا بى ذر الامتناع منها . ولهذا المعنى امتنع منه^(٢٠) كثير من الصالحين .

فصل

4 وأما جواز الدخول فيه^(١) إذا أنصف^(٢) نفسه ولم يتبع الهوى وأنفسد القضاء على حكم الله تعالى فلما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه

(٦) هذا الحديث لم يرد في ولسنك .

(٧) ف : أيضاً . (٨) ساقط من ل .

(٩) ف : يلقى . (١٠) حديث على لم يرد في ولسنك .

(١١) انظر ابن ماجه ، أحكام ، ١ . (١٢) ساقط من ل .

(١٣) ف : ل : ما بينهم . (١٤) صحيح مسلم ، أمارة ، ١٧ .

(١٥) ج : اختار . (١٦) ساقط من ف .

4 (١) ف : فيها . (٢) مزه هنا ف : مني .

قال: «إذا حكم الحاكم فأصاب فله أجران وإذا حكم واجتهد فأخطأ فله أجر» (١). وعن الحسن أنه قال: «لأجر حاكم عدل يوماً واحداً أفضل من أجر رجل يصلي في بيته سبعين سنة» أو قال: «ستين سنة» (٢). قال الحسن: «لأنه» (٣) يدخل من عدله» (٤) في ذلك اليوم على كل يدي من المسلمين خير وهذا لا يجوز أن يقوله إلا (٥) توقيفاً عن الصحابة عن النبي صلى الله عليه وسلم لأنه لا سبيل لأحد إلى مقادير الثواب إلا من جهة التوقيف. وأيضاً روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمرو بن العاص: «أقض وأنت حاضر، أو جالس» (٦) قال: نعم (٧). قال: على ما أقضى؟ قال: على أنك إن اجتهدت فأصبحت فلك عشر حسنات وإن أخطأت فلك حسنة» (٨).

فصل

٥ وأيضاً ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «القضاة ثلاثة قاضيان» (١) في النار وواحد في الجنة، رجل حكم واجتهد فأصاب فهو في الجنة ورجل اجتهد فأخطأ فهو في النار» (٢)، «٣» وهذا محمول على ما إذا لم يكن من أهل الاجتهاد والنظر وذلك لأن النبي عليه السلام قد بين حكم المجتهد في الأخبار الآخر (٤) أنه يكون مأجوراً وإن أخطأ في (٥) اجتهدته ويسن أن الذي في النار هو الذي يحكم بغير علم، رواه ابن أبي بريدة عن أبيه أنه قال: قال رسول الله

(٣) انظر بخاري، انصاف، ٢٩. (٤) لم يرد في الحديث.

(٥) ف: لأنه يدخل من عدله. ج: لأنه يدخل في عدله.

(٦) ساقط من ل.

(٧) ساقط من ل. (٨) لم أذكر في هذا الحديث.

٥ (١) ف، ج: إثنان. (٢) قابل ابن ماجه، أحكام، ٣.

(٣) ف: فهو محمول عندنا أنه. (٤) ساقط من ج.

(٥) ساقط من ف.

صلى الله عليه وسلم «القضاة ثلاثة فائتان في النار وواحد في الجنة، رجل علم علماً فقضى بما علم فهو في الجنة» [ف ٣ أ]، «ورجل جهل فقضى بالجهل، يعني أنه قضى بغير علم ولم يعلم الحق وقضى بالجهل، فهو في النار»^(٦)، ورجل قضى بغير ما يعلم فهو في النار،^(٧) يعني ترك الحق الذي يعلمه وعمد إلى الحكم بغير حق فهذا غير الأول لأن هذا عالم بالحكم إلا أنه تركه والأول كان جاهلاً بالحكم أيضاً إلا أنهما جميعاً // [ل ٣ أ] في النار. وفي خبر آخر «قاضي قضى بغير فهم في النار وقاضي قضى بغير علم واستحي أن يسأل الناس فهو في النار»^(٨). فإذا كان كذلك قلنا إنه إذا كان من أهل الاجتهاد فاجتهد ولم يأل فيه فأخطأ كان مأجوراً، وإذا كان من غير أهل الاجتهاد كان مأثوماً.

٦ قال أبو بكر رحمه الله. ويحتمل^(١) أن يكون مراد على عليه السلام أنه اجتهد فيما لا يسوغ له الاجتهاد لأن أبا العالية قال: قلت له ما بال الذي اجتهد؟ قال: هذا الحروري^(٢) اجتهد فأخطأ فهو في النار. فأشار إلى مثل اجتهد الخوارج. وكذا عندنا^(٣) إن مثل هذا الموضع لا يسوغ فيه الاجتهاد وإن من يجتهد في مثل هذا فهو مخلىء مأثوم. وإلى هذا ذهب إياس بن معاوية، ظن أنه إذا أخطأ المجتهد يكون في النار وإن كان من أهل الاجتهاد واجتهد في موضع يسوغ فيه الاجتهاد اظاهر الخبر حتى دخل عليه الحسن وهو يبكي فقال: ما يبكيك؟ وكان قاضي البصرة، فقال: قول النبي صلى الله عليه وسلم

(٦) ساقط من ل. (٧) فاهل أبا داود، أنضية، ٢.

(٨) لم يرد في ولسنك.

٦ (١) ف: يحمل.

(٢) الحروري أى الخارجى نسبة الى حروراء بظاهر الكوفة. وكان فيها أول

مجمع للخوارج.

(٣) ف: عنه.

و القضاة^(١) ثلاثة ، وذكر الحديث ، فقال الحسن : إن فيما أنبأنا الله عز وجل من نبا النبيين داود وسليمان عليهما السلام خلاف هذا . قال الله تعالى ﴿ ودأود وسليمان إذ يحكمان في الحرث إذ نفشت فيه غصن القوم وكنا لحكمهم شاهدين . ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكماً وعلماً ﴾^(٢) فأخبر أن الذي اجتهدا جميعاً^(٣) اجتهدا بعلم وحكم^(٤) وإن كان اجتهد كل واحد منهما مخالف لاجتهاد الآخر^(٥) .

7 قال أبو بكر رحمة الله عليه : وهذه الآية تدل على صحة قول^(٦) الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه في أن المجتهد مصيب فيما كلف به^(٧) وإن كان المطلوب واحداً لأن الله تعالى قد صوبهما جميعاً في اجتهدهما ولم يخطئ^(٨) واحداً منهما مع خبره سبحانه وتعالى أن سليمان عليه السلام أفهم .

8 قال : ويدل على صحة قوله // [ف ٣ ب] ما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : إذا حكم الحاكم فأصاب فله أجران^(٩) وإن اجتهد^(١٠) فأخطأ فله أجر^(١١) . فلو كان المطلوب بعدد المجتهدين لم يكن واحد^(١٢) من هذين مخطئاً والنبي صلى الله عليه وسلم قد أخبر أنه إذا أخطأ يكون له أجر واحد^(١٣) فدل ذلك على أن المطلوب واحد فيصيب بعض المجتهدين دون بعض . وكذلك // [ل ٣ ب] قوله عليه السلام لعمر بن العاص : فإن أصبت فلك عشر حسنات وإن أخطأت فلك حسنة . وما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بقضاء

(١) ف : الحكماء . (٥) سورة الأنبياء ، ٢١ : ٢٨ - ٢٩ .

(٢) ف : صاحبه .

(٦) ف : علم وحكم .

(٧) ساقط من ف .

7 (٨) ل : منب .

(٩) ف : ل ، ف ، ج : يخط .

(١٠) (٢) بخاري ، انصاف ٢١٠ .

8 (١١) ف : وإذا حكم فاجتهد .

(١٢) ساقط من ل .

فقال رجل: هذا والله الحق . فالتفت إليه ^(٤) عمر ثم عاد ففطن فقال الرجل ^(٥) :
 هذا والله الحق . فقال له عمر ^(٦) : وما يدريك أنه الحق ؟ فوالله إن عمر
 ما يبدى أصاب الحق أم أخطأ ولكنه لا يألو . ويدل ^(٧) على أن مذهبه ^(٨)
 موافق لمذهب الإمام أبي حنيفة في هذه المسئلة ، لكنه قال ما يبدى أصاب
 الحق أم أخطأ لأنه لو كان المطلوب غير واحد كان مصيباً إلى أى ^(٩) جهة إذا
 أدى اجتهاده إليها ولم يكن مخطئاً . وما يدل على صحة قول ^(١٠) أبي حنيفة أن
 المطلوب في إصابة القلبة واحد وإن كانت جهات المجتهدين مختلفة وكلهم
 مصيبون ^(١١) فيما كلف اجتهادهم مع اختلاف الجهات لأن ^(١٢) الله تعالى لم ^(١٣)
 يكلفهم إصابة القلبة في موضع الاجتهاد وإنما كلف اجتهادهم في الطلب وأن
 لا يألوا فيه . وكذلك مسئلتنا . وكأن جملة من الرماة إذا لقوا العدو
 يكونون ^(١٤) مكلفين بالرى نحو العدو بالاجتهاد ^(١٥) في طلب الإصابة إلا أنهم لم
 يكلفوا الإصابة وإنما كلفوا الاجتهاد في طلبها ^(١٦) ، فإذا رموا ولم يألوا في
 طلب الإصابة كانوا مصيبين فيما كلفوا ^(١٧) ولو لم يصب العدو فقد صاروا جميعاً
 مصيبين فيما كلفوا ^(١٨) . والمطلوب واحد . كذلك مسئلتنا . وكما قالوا في العبد
 إذا أبق وبعث مولاة جماعة من الناس في طلبه . إن المطلوب عبد واحد
 والطالبين ^(١٩) جماعة ، والذي يصيب العبد يجوز أن يكون واحداً . وكلهم
 مصيبون فيما كلفوا ^(٢٠) لأن الذى لهم طلب الإصابة فإذا اجتهدوا في ذلك
 ولم يألوا فيه ^(٢١) فقد أدوا ما كلفوا . فكذلك مسئلتنا .

-
- | | |
|---|----------------------|
| (٤) ساقط من ف . | (٥) ج : رجل . |
| (٦) ساقط من ل . | (٧) ساقط من ل . |
| (٨) في ج : وقص عمر . | (٩) ساقط من ل . |
| (١٠) ل : مذهب . | (١١) ل . مصيبين . |
| (١٢) ل : لأن . | (١٣) ج : لا . |
| (١٤) ف : ويكونون . | (١٥) ف : ومجتهدين . |
| (١٦) ف : طلب الإصابة . | (١٧) ساقط من ل ، ج . |
| (١٨) ل : والطالبون . | |
| (١٩) ل : من الطلب لأنهم لم يكلفوا سوى ذلك فيه . | |

فصل

9 وأما ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا حكم الحاكم فإصاب فله أجران وإذا اجتهد فأخطأ // [ف ع أ] فله أجر واحد » فعناه عندنا ، والله أعلم ، أنه قد سوى بينهما في الأجر الذي يستحقانه بالاجتهاد وطلب الحق إذا لم يأل واحد منهما ^(١) في طلب إصابته الحق لأنهما جميعاً قد أديا ما كلفا فلا يستحق أحدهما من الأجر أكثر مما يستحقه الآخر بالاجتهاد وطلب الحق فيستويان جميعاً فيما يستحقان من الأجر بالاجتهاد ويتفضل على المصيب بشيء آخر ليكون حثاً ^(٢) له على الاجتهاد وطلب الحق .

مسئلة

10 { ويلبغى للقاضي أن « يكون عالماً » ^(١) يقضى بما في كتاب الله تعالى من الأحكام المنصوصة التي لم ^(٢) تسسخ ، فإن لم يجد في كتاب الله فبسنة // [ل ع أ] رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن لم يجد في سنة رسول الله فيما أجمع عليه أصحاب رسول الله ، فإن لم يجد في الإجماع اجتهد رأيهم . ^(٣) « والأصل في ذلك ما » روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه بعث معاذاً إلى اليمن فقال : « يا معاذ كيف تقضى ؟ » قال : « أقضى بما في كتاب الله . » قال : « فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله . » قال : « أقضى بسنة رسول الله . » قال : « فإن جاءك أمر ليس ^(٤) في سنة رسول الله . » قال : « أجتهد برأيي ^(٥) . » فقال ^(٦) : « الحمد لله الذي وفق رسول ^(٧) الله ^(٨) لما يرضى الله » ^(٩) فقد بين عليه السلام

9 (١) ل : منهم . (٢) ف : تحفظا .
10 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ف .
(٣) ف : وذلك لما . (٤) ف : لم يكن .
(٥) ل : رأى . (٦) مزيد هنا في ف ، ج : النبي صلى الله عليه وسلم .
(٧) ف : رسوله .
(٨) ف ، ج : يرضى رسول الله . قابل أبا داود ، أفضية ، ١١ .

بهذا أن حكم الكتاب مقدم على سائر الأشياء . ونحن كذا نقول إنه ينظر حكم الحادثة في القرآن ، هل يجده أولا . فإن وجده في القرآن حكم ، وإن لم يجده نظر في سنة رسول الله ، ولا يعدل إلى غيره . لأن نص الكتاب والسنة مقدم على النظر ، والإجماع لا يعدل عن النص أيضاً . فإن لم يكن في الكتاب ولا في السنة حينئذ ينظر في أقاويل السلف . هل اتفقوا عليها أو اختلفوا فيها . فإن اتفقوا عليها حكم بذلك ولا يعدل عنه لأن الإجماع عندنا حجة بنص^(٩) الكتاب والسنة فلا يجوز العدول عنه^(١٠) مع وجوده ، كما لم يجوز العدول عن النص إلى^(١١) غيره . وإنما لم يقل معاذ هذا لأن كون النبي عليه السلام بين أظهرهم منع من^(١٢) الرجوع إلى أقاويلهم . فإن كانت^(١٣) الصحابة مختلفين حينئذ يجتهد^(١٤) رأيه ، إن كان من أهل الاجتهاد ، لأن القياس سائغ عندنا مع عدم النص والإجماع . وقد روى عن عمرو ابن مسعود مثل هذا^(١٥) . وأما ما روى عن عمر في^(١٦) رواية الشعبي عن شريح أن عمر كتب إليه : إذا جاءك شيء في كتاب الله //

[ف ع] فاقض به ولا يلينك^(١٧) عنه الرجال ، يعني برّدك ، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله فانظر في سنة رسول الله فاقض بها^(١٨) ، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله فانظر ما أجمع عليه الناس نفذ به ، فإن جاءك أمر ليس في كتاب الله^(١٩) ولا بسنة رسول الله^(٢٠) ولم يتكلم فيه أحد قبلك فاختر أي الأمرين ، إن شئت تجتهد رأيك وتقدم^(٢١) ، فتقدم ، وإن شئت أن تتأخر فتأخر ، ولا أرى التأخير إلا خيراً لك ، يعني إن شئت

(٩) ف : من الإجماع .

(١٢) ساقط من ف .

(١٤) ف : اجتهد .

(١٦) ف : ولي

(١٨) ج : به .

(٩) ف : كنس .

(١١) ل : لا .

(١٣) ف : كان .

(١٥) ل : مذهبا .

(١٧) ف : بالفتك .

(١٩) ف : ولم يكن في سنة الرسول .

(٢٠) كذا في الأصل ، ولعل الصواب : وتقدم .

أن تقدم فعمل على اجتهادك فافعل وإن شئت أن تأخر عن اجتهادك //

[ل ب] وتستشير^(١١) أهل العلم فعلت ذلك ، ولا أرى^(١٢) التأخير عن العمل باجتهادك^(١٣) والأخذ بالاستشارة والتمييز بين الأقاويل بعد المشاورة إلا خيراً لك .

11 وكذلك قال أصحابنا إن الأحوط أن يستشير الناس حتى يسمع أقاويلهم ثم يميز من تلك الأقاويل ما هو أقرب إلى الحق والصواب فيأخذ به . وروى عنه رضي الله عنه أنه ولي حابساً بن سعد الطائي قضاء الشام ، وقال بعضهم قضاء حمص خاصة^(١٤) . فقال له : يا حابس . كيف تقضى ؟ فقال : أقضى بما في كتاب الله تعالى . قال : فإنه لم يكن^(١٥) في كتاب الله تعالى ، قال^(١٦) : فبسته رسول الله ، قال : فإنه لم يكن^(١٧) في سنة رسول الله^(١٨) قال : اجتهد رأيي وأستشير جلسائي . قال : أصبت وأحدثت . فكش أباماً ثم لقيه بعد ذلك فقال له عمر مامنك أن تسير إلى عمالك ؟ فقال : يا أمير المؤمنين . إن رأيت رؤيا هاتني . فقال : وما هي ؟ قال : رأيت كأن الشمس والقمر يقتلان — وقال ابن فضل^(١٩) في حديثه : رأيت كأن الشمس أقبلت من المشرق في جمع كثير وكان القمر أقبل من المغرب في جمع كثير حتى التقيا فاقتتلا — فقال : مع أيهما كنت ؟ فقال مع القمر . فقال فقرأ عمر ﴿ وجعلنا الليل والنهار آيتين فحونا آية الليل وجعلنا آية النهار مبصرة ﴾^(٢٠) ، مع القمر^(٢١) في مغرب الشمس ؟ أردد إلينا عهدنا قال عطاء^(٢٢) بن السائب وهو راوى الحديث : فبلغني أنه قتل بصفين مع معاوية وقد روى حديث يطول ذكره يشتمل^(٢٣) على أحكام كثيرة نذكرها بعد الفراغ من هذه المسئلة إن شاء الله تعالى .

(٢١) ف : واستعمرت . (٢٢) ف : التأخر عن العمل بالاجتهاد .

11 (١) ساقط من ف ، ج . (٢) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ل . (٤) ل : فضيل .

(٥) سورة الإسراء ، ١٧ : ١٧ . (٦) ساقط من ل .

(٧) ساقط من ج . (٨) ف : اشغل ج : مشغل .

12 وأما ما روى عن ابن مسعود فروى الخصاف^(١) بإسناده عن عبد الرحمن بن يزيد قال : قال عبد الله : إنه قد أتى عابثنا حين لسنا نقضى ولسنا هناك^(٢) ، ثم كان من قدر الله أن قد بلغت من الأمر ما ترون ، فمن عرض^(٣) [ف ه أ] له منكم قضاء بعد^(٤) اليوم فليقض بما في كتاب الله تعالى ، فإن جاءه أمر ليس في كتاب الله^(٥) ولم يقض به نبيه فليقض بما قضى به الصالحون ، فإن أتاه ما ليس في كتاب الله ولم يقض به نبيه ولم يقض به الصالحون فليجتهد رأيه ، ولا يقول أحدكم إني أرى آني أخاف ، فإن الحلال يسن والحرام يبين ، وبين ذلك أمور مشبهة ، فدع ما يريك إلا ما لا يريك . وما روى عن ابن عباس فرواه^(٦) (عبيد الله [ل ه أ] بن أبي بريدة^(٧) قال : كان ابن عباس إذا سئل عن الأمر فكان في القرآن أخبر به وإن لم يكن في القرآن وكان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبر به وإن لم يكن فعن أبي بكر وعمر فإن لم يكن قال فيه برأيه . وأيضاً روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : إنما أقضى بينكم فيما لم ينزل علي برأى^(٨) ، رواه عبد الله بن رافع مولى أم سلمة^(٩) عن أم سلمة^(١٠) عن النبي عليه السلام . فأفادنا هذا جواز الاجتهاد للأنبياء صلوات الله عليهم فيما لم ينزل عليهم .^(١١) وأباح لسائر الناس الاجتهاد^(١٢) إذا كانوا من أهل الاجتهاد ، وإنما هو كلام ترتيب الأصول وإنفاذ الأحكام على مراتبها .

13 قال الخصاف : { فإن لم يكن في ذلك إجماع منهم وكانوا قد اختلفوا فيه ، وكان القاضي من أهل التمييز والنظر بين أقاويلهم^(١) نظر إلى^(٢) أشبهها بالحق

12 (١) ل : الخطاف . (٢) كذا في الأصل .

(٣) ل : هذا . (٤) ساقط من ج .

(٥) ل ، ج : عبيد الله بن أبي يزيد .

(٦) أبو داود ، آقضية ، ٧ : « إنما أقضى بينكم برأى فيما لم ينزل علي فيه » .

(٧) ساقط من ل . (٨) ل : وإباحة الاجتهاد لسائر الناس .

13 (٩) ف : فننظر .

وأقربها من الصواب وأحسنها عنده ففضى به { . وقد بينا هذا المعنى فيما تقدم من جهة الآثار المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه ^(٢) . وقد بينا أن القاضي يبنى أن يكون من أهل التمييز والنظر :

14 قال : { وإن كان لم يأت فيه عن الصحابة شيء وكان فيه إجماع من التابعين حكم ^(١) به { من قبل أن إجماع التابعين ^(١) بعد الصحابة حجة على من بعدهم ^(٢) وكذا إجماع كل عصر حجة على من بعدهم ^(٣) عندنا وليس له أن يعدل عن إجماع أهل ^(٣) عصره إلى اجتهد نفسه .

15 قال : { وإن كان فيه اختلاف بينهم ^(١) صار إلى حال النظر والتمييز { من قبل أن المكلف ^(٢) به هذا النص والإجماع ^(٢) ، وقد عدم هاهنا النص فلا بد له من استعمال النظر والتمييز بين ^(٣) جملة أقوالهم . ولا يسوغ له أن يخرج عن أقوالهم لأنه يكون حينئذ مخالفاً لإجماعهم ، إذ قد أجمعوا على أنه ليس // [ف ه ب] في هذه الحادثة حكم لله تعالى غير ما قالوا به ، والخارج عن أقوالهم مخالف لإجماعهم . فلا يجوز لأحد مخالفة الإجماع .

16 قال : { وإن ورد عليه شيء لم يجده أيضاً ^(١) من التابعين فاسه على ما يشبهه ^(٢) من الأحكام واجتهد فيه برأيه وتحرى الصواب وطالب بجهته ثم ^(٣) قضى بما يوجب ^(٣) عليه رأيه { . وقد بينا أنه يسوغ له الاجتهاد في هذا الموضع .

(٢) ف : ومن أصحابه .

14 (١) ساقط من ج . (٢) ساقط من ف ، ج .

(٣) ساقط من ف ، ج .

15 (١) ف : منهم . (٢) ف : بعد النص والسنة والإجماع .

(٣) ف : من .

16 (١) ف : يجده أيضاً شيئاً . (٢) ف : أخيه .

(٣) ف : يقضي بما يشترط .

17 قال : { وإن كان في المصر قوم من أهل الفقه شاورهم في ذلك } لما بينا في خبر عمر { فإن اتفق رأيهم وآراؤهم^(١) على شيء حكم به } لأنهم قد أجمعوا // [ل ه ب] أن المطلوب هو ما ذهب إليه اجتهدهم ، فلا يجوز له العدول عنه كما لا يجوز للصلى العدول عن الجهة التي أدى اجتهاده إليها^(٢) .

18 قال : { وإن اختلفوا نظر إلى أقرب الأقاويل عنده من الحق فأماضى ذلك } من قبل أنه إذا كان من أهل الاجتهاد صار كواحد من المجتهدين فساغ له الاجتهاد مع اختلافهم .

19 قال : { وإن أجمع^(١) له فقهاء ذلك البلد على شيء وكان رأيهم خلاف ذلك فلا ينبغي^(٢) أن يجعل حتى يكتب فيه إلى غيرهم^(٣) . ويشاورهم ، ثم ينظر إلى أحسن ذلك فيعمل به } من قبل أن عندنا ليس الإجماع^(٤) لإجماع فقهاء أهل البلد الواحد ، وإجماع أهل بلدة واحدة على شيء واحد لا يمنع استعمال^(٥) اجتهاده فيكتب إلى سائر الأقاليم^(٥) ليكون ذلك أحوط وأوثق لحكم الله تعالى . فإذا سمع مقالة سألهم نظر إلى أحسن ذلك فيعمل به . وليس عليه أن يكتب إلى جميع الأقاليم^(٥) لأن ذلك يمنع نفاذ^(٦) الحكم ، لأنه لو وجب عليه أن يكتب في^(٧) كل حادثة لما ارتفع حكم في حادثة إذا وقعت .

20 قال : { وإذا أشكل عليه شيء فشاور في ذلك رجلاً فقيهاً واحداً ، فهو في سعة أن يأخذ بقوله إذا لم يكن للقاضي في ذلك رأى } من قبل

17 (١) ج : ورأيهم . (٢) ف : أنها هي القبة .

19 (١) ف : أجمعهم . (٢) ف : ينبغي له .

(٣) مزيد هنا ل ج : من الفقهاء .

(٤) ف ، ج : إنما هو إجماع فقهاء البلد الواحد ، لإجماع أهل . استعماله .

(٥) ف : الأقاويل . (٦) ج : يمنع من النفاذ .

(٧) ساقط من ل .

أن رأيه إذا كان خلاف رأى الفقيه وهو من أهل الاجتهاد^(١) لم يكن له العدول عن اجتهاده الذى هو أصوب عنده الى اجتهاد غيره الذى هو خطأ، كالاجتهاد^(٢) فى القبلة إذا كان بصيراً لم يكن له أن يترك اجتهاده ويقتدى بغيره الذى هو معدول عن القبلة . وأما إذا^(٣) لم يكن له رأى فى ذلك كان له أن يأخذ بقول^(٤) الفقيه ، كالقاضى الذى ليس له اجتهاد جاز^(٥) له أن يأخذ بقول بعض الفقهاء . كذلك هذا . ومثل^(٦) المصلى إذا لم يكن له رأى فى طلب // [ف أ ٦] القبلة جاز له أن يأخذ بقول من يثق ببصارته^(٧) فى الاجتهاد وأصابة القبلة .

21 قال : { وإن كان الرجل الذى شاوره القاضى أفقه من القاضى عنده لفضل علم فيه ، فإن كان القاضى يميز بين^(١) القولين ثم نظر الى أحسنهما وأصوبهما ، ففضى به { من قبل أنه إذا كان رأيه خلاف رأى الفقيه لا بد له من أن ينظر ويميز بين القولين ، فيحكم بما هو أقرب الى الصواب^(٢) } وإن كان قد يعدل بذلك عن رأيه الى رأى الفقيه // [ل أ ٦] لأنه حينئذ يكون عنده^(٣) اجتهاد الفقيه ورأيه أقرب الى الحق ، فلا يسوغ له العدول عنه .

22 قال أبو بكر : وهذا قول أبى حنيفة . وأما قول أبى يوسف ومحمد فلا يسوغ له العدول عن اجتهاده الى اجتهاد الفقيه إذا كان هو من أهل الاجتهاد كالاجتهاد الى القبلة لا يجوز له أن يعدل عن الجهة التى أدى^(١) اجتهاده إليها الى جهة^(٢) أخرى أدى اجتهاد غيره إليها . وأبو حنيفة جوز حكمه بقول الفقيه إذا كان عنده أن الفقيه أعلم منه واجتهاده أحسن من اجتهاده من قبل أنه إذا اعتقد أن

- | | |
|--------------------|----------------------------|
| 20 (١) ساقط من ل . | (٢) ساقط من ف . |
| (٣) ج : يرى . | (٤) له : ويجوز . |
| (٥) ج : ومثل هذا . | (٦) ف : يثق به فى بصارته . |
| 21 (١) ساقط من ف . | (٢) ف : الحق . |
| (٣) ف : عنده أن . | |
| 22 (١) ساقط من ف . | (٢) ف : جهة أخرى . |

الفقيه أعلم^(٣) وأن رأيه أحسن من رأيه^(٤) وأقرب إلى الحق^(٥) صار اجتهاده يؤدي إلى أن الحق فيما قال الفقيه وأن الذي يؤدي إليه اجتهاده غير الحق ، فيلغى أن يأخذ بقول الفقيه^(٦) . وأما القيلة فليس كذلك لأن الناس متساوون في الاجتهاد إلى إصابة القيلة إذا كانوا بصراء ، اللهم إلا أن يكون أحدهم عالماً بالنجوم وبمطلع^(٧) الشمس وأمارات القيلة والآخر جاهلاً بها . وإذا كان كذلك كان للجاهل أن يأخذ بقول العالم فصارت القيلة أيضاً مثل مستثنائنا^(٨) ، لا فرق بينهما من هذه الجهة . وأما إذا كانوا سواء في الاجتهاد لإصابة الحق لم يجر لواحد منهما العدول عن الاجتهاد^(٩) كما لا يجوز في مستثنائنا أن يعدل القاضى عن اجتهاده إلى اجتهاد غيره إذا كان عنده أن اجتهاده أقرب إلى الحق من اجتهاد الفقيه ، فقد استوت المستثنان ولا فرق بينهما .

23 قال : { ولا يلغى للقاضى أن يقضى بشئ هو عنده خطأ وإن كان قد قال به بعض الفقهاء } ، من قبل أن القاضى إذا عدل عن طريق الحق متعمداً لذلك فقد فسق ، ولا يجوز حكمه . فكذلك لم يجر له أن يحكم بما هو خطأ عنده وإن كان ذلك قول بعض العلماء . // [ف ٦ ب]

24 باب ما أبيع للقاضى من الاجتهاد

وما يذبحى له أن يعمل به

ذكر [الخصاص] { حديث^(١) معاذ بن جبل أن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى اليمن قال له : يا معاذ كيف تقضى ؟ قال : أفتنى بما فى كتاب الله تعالى . قال : فإن جاءك أمر ليس فى // [ل ٦ ب] كتاب الله . قال : أفتنى بسنة رسول الله . قال : فإن لم يكن فى سنة رسول الله . قال : اجتهد رأيي . قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله^(٢) } وذكر { رسالة عمر بن الخطاب

(٥) ل : يقوله .

(٤) ساقط من ل .

(٣) ج : أعلم منه .

(٧) مزيد هنا لى ج : فافدا .

(٦) ف : وبطلوا .

(٨) ف : اجتهاده .

24 (١) ساقط من ل .

(٢) أبو حنيفة ، أفضى ، ١١ ، ٢

رضي الله عنه التي كتبها إلى أبي موسى الأشعري : أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة^(٣) متبعة ، فافهم إذا أدلى إليك ، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاد له . آس^(٤) بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطلع شريف في حيفك ، ولا يخاف ضعيف جورك ، ولا يياس ضعيف من عدلك . البيزة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، أو على من أنكر . والصلح جائز بين الناس إلا صلح^(٥) أحل حراماً أو حرم حلالاً . ولا يمتنع^(٦) قضاء قضيتك فراجعته فيه نفسك أو هديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لا يبطل ومراجعة الحق خير من التقادى في الباطل . الفهم الفهم فيما يختلج في صدرك مما ليس في قرآن ولا^(٧) سنة . ثم أعرف الأمثال والأشياء ، وقس الأمور عند ذلك ، واعمد إلى أقربها إلى الله تعالى وأشبهها بالحق . أجعل للمدعى أمداً^(٨) ينتهي إليه إذا ادعى حقاً غالباً أو بيضة ، فإن أحضر بيضة أعطيتك حقه — ويروى : أخذت له بحقه — ولا وجسبت عليه القضاء — ويروى : فإن أعجزه^(٩) ذلك فاستحقت عليه القضية — فإن ذلك أجلى للعمى^(١٠) وأبلغ في العذر . المسالمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد أو مجرباً^(١١) عليه شهادة زور أو ظنيماً في ولاء أو قرابة . فإن الله تعالى تولى منكم السرائر وودأ عنكم بالبينات — ويروى : فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر^(١٢) وستر عليهم الحدود^(١٣) إلا بالبينات والایمان — وإياك والغضب والضجر والقلق والتأذي بالناس والتكبر عند الخصوم^(١٤) . فإن^(١٥) القضاء في مواطن الحق مما يوجب^(١٥) من الله

-
- (٣) ف : أو سنة .
 (٤) كذا في الأصل ، والصواب : صلحاً .
 (٥) ف : يمتنع من .
 (٦) ف : ولا في .
 (٧) ف : أعجزت .
 (٨) ل : أو ج : مما .
 (٩) ج : أجل للملاء .
 (١٠) ف : وستر عليهم الحدود .
 (١١) لعل الصواب : عند الخصومة . انظر هرة 31 .
 (١٢) ل : في .
 (١٣) ف : أو .
 (١٤) ل : في .
 (١٥) ف : أو .

الاجر ويحسن به الذخر . فإنه من خلصت نية فيما بينه وبين الله تعالى في الحق ولو على نفسه يكفه^(١٦) فيما بينه وبين الناس . فمن تزين بما يعلم الله منه^(١٧) خلافه شأنه الله // [ف ٧ أ] . فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان له خالصا ، فما ظنك بثواب^(١٨) في عاجل رزقه وخزائن رحمته ، والسلام^(١٩) {

25 أما حديث معاذ فقد // [ل ٧ أ] انتظم من الفقه معاني أحدها أن القرآن أصل فيما يرجع^(١) إليه . الثاني أنه يكون مقدما على السنة والقياس . وهذا إذا لم تكن السنة متواترة كتواتر القرآن . فأما إذا كان^(٢) تواتر السنة^(٣) مثل تواتر القرآن فيجوز عندنا أن يسخ أحدهما بالآخر . والثالث أن السنة مقدمة على القياس^(٤) . وأنه لاحظ للقياس^(٥) مع الأثر ، لأنه لم يثبت للاجتهاد والرأى حكم^(٦) إلا بعد علم السنة والكتاب . والرابع جواز الاجتهاد والرأى فيما عدم فيه الكتاب والسنة . وأما إجماع السلف فإنما لم يجعل حجة لأن النبي عليه السلام كان بين أظهرهم ، فكانوا لا يجمعون على حادثة من غير أن يسألوا النبي عنها . أما بعد وفاته^(٧) فإنه يكون^(٨) حجة إذا كانوا لا يتوصلون إلى معرفة حكم الحادثة من جهته . وأما^(٩) المرجع إلى آرائهم فإذا اتفقت^(١٠) آراؤهم على واحد صار ذلك حجة على من بعدهم لقوله تعالى ﴿ وكذلك^(١١) جعلناكم أمة

• (١٧) ف : من •

• (١٦) ف : يكفه الله •

• (١٨) ف : بثواب الله •

(١٩) نس هذه الرسالة يختلف في مواضع متعددة عن النص في البيان والبيان ليعاخذ . انظر ذلك الكتاب بتعليق عبد السلام هارون (٤ أجزاء ، القاهرة ١٩٤٨) ج ٢ ص ٤٨ — ٥٠ •

• (٢) ساقط من ل

25 (١) ل : يرجعه •

• (٤) ف : فيها • ج : لعدم •

• (٣) ساقط من ل

• (٦) ف : وأما •

• (٥) ف : ليسكون إجماعهم •

• (٨) ساقط من ل

• (٧) ف : اتفق •

وسطاً لتكونوا شهداء على الناس^(١) فكما أن الرسول حجة على أمته^(٢) لما كان شاهداً عليهم^(٣) فكذلك إذا أجمعوا حجة على من بعدهم يكونون شهداء عليهم . وقال النبي عليه السلام : لا تجتمع أمتي على ضلالة^(٤) . وليس هذا موضع الكلام في هذه المسئلة ، إلا أنا ذكرنا شيئاً^(٥) من ذلك كيلا^(٦) نخل بها .

28 وأما حديث عمر فقد اشتمل على فوائد كثيرة ونحن نبين ذلك مفسراً إن شاء الله تعالى : أما قوله : أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة وسنة^(١) متبعة ، فإن معناه أن من القضاء ما حكمه ثابت بالقرآن يلزمه فرضاً لا يجوز العدول عنه إلى غيره ، ومنها ما يثبت^(٢) حكمه بالسنة من جهة الرسول صلى الله عليه وسلم . ويحتمل أيضاً أن يكون من القضاء ما هو فرض لازم للقاضي ، ومنه ما يكون ندباً للقاضي . ذكر هذين الوجهين^(٣) الشيخ الإمام أبو سعيد السيرافي^(٤) .

27 ومعنى قوله : إذا أدلى^(١) إليك ، تخصم إليك . وقوله : فإنه لا ينفع تكلم بحق لانفاذ له ، أى أن القاضي إذا تكلم بالحق^(٢) ولم ينفذ القضاء به لا منفعة للنخصم فيه ، فينبغي أن ينفذ الحكم على ما يصح عنده ويجوز . //

[ف ٧ ب] ومعنى قوله : آس بين الناس في وجهك ومجلسك وكذلك^(٣) ، أى سوء بين الجلوس في المجلس والنظر إليهم وفي العدول . وهذا أصل^(٤) في أن

(١) سورة البقرة ، ٢ : ١٤٣ .

(٢) قال ابن ماجه ، فتن ، ٨ : ف . الضلالة .

(٣) مزيد هنا في : يسما .

(٤) ف : لأ .

(٥) ف : أوسنة .

(٦) ساقطين ل .

(٧) هو الحسن بن عبد الله المرزبان السيرافي الموفى سنة ٣٦٨ هـ . سكن بغداد

وتولى نيابة القضاء .

(٨) ل : أدى .

(٩) ل : وعند ذلك .

(١٠) مزيد في : وأقضى .

(١١) (٤) : ج : أعظم .

القاضي يلزمه التسوية بين الخصوم ولا يجوز أن يميل إلى أحدهما دون الآخر.
وأما لفظة آس^٥ فأنها [ل ٧ ب] غير مأخوذة من التسوية وإن كانت
مستعملة في ذلك، وإنما هي مأخوذة من التآسى. وإنما أراد به أن يكون كل
واحد^٥ أسوة الآخر من قوله تعالى ﴿ لقد كان لكم في رسول الله
أسوة حسنة ﴾^(٦)، وقالت الخنساء :

ولولا كثرة الباكين حولي على إخوانهم لقتلت نفسي
وما يكون مثل أخى ولكن أعزى النفس عنه^(٧) بالتآسى

تريد بالتشبه^(٨) بنيري، وأصله من أسوة فصرّف منه فمسل على آسى
يؤاسى، وآسى يؤسى، فلما حذف الياء لاجتماع الساكنين قلب^(٩) الواو ياء
لأنكسار ما قبلها كما يقال^(١٠) غازى يغازى، وأصله من الغزو.

28 وأما قوله: حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يخاف ضعيف جورك^(١١)،
أراد بالحيف الظلم وأخذ بعض الحق، يقال حاف يحيف،^(١٢) فأمره بالتسوية
من أن يجور عليه ويأخذ منه شيئاً لشرف الشريف^(١٣) وقد قال تعالى في قصة
قوم ﴿ وإن يكن لهم الحق يأتوا إليه مذعنين ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ يحيف
الله عليهم ورسوله ﴾ أى أن يظلم الله ورسوله ﴿ بل أولئك هم

(٥) ف : فانه غير مأخوذ من التسوية وإن استعمل ، وذلك أن آس مأخوذ من
التآسى وكذلك آس ، وأراد به أن يكون كل واحد منهما .

(٦) سورة الأحزاب . ٣٣ : ٢١ . (٧) ل : منهم .

(٨) ج : بالتشبيه . ف : التشبه . (٩) ف : وتقلب .

(١٠) ف : يقول .

28 (١١) ل : من جورك .

(١٢) ل : تأخر بالتسوية كيلا يظلم شريف في أخذ بعض حق الضعيف ودفعه إليه
ولا يخاف الضعيف أن لا يجور عليه فيأخذ منه ، شرف الشريف .

الظالمون»^(٣) - فهذه الآية أيضاً تدل على أن الحيف هو الظلم . وقوله :
 البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه^(٤) فيه بيان^(٥) حجة المدعى من المدعى
 عليه وقد بينا هذه المسألة في موضعها . وقوله : الصلح جائز بين^(٦) الناس إلا
 صلح^(٧) حرم حلالاً أو أحل حراماً^(٨) ، أصل^(٩) في جواز الصلح على الإقرار
 والإنكار ، ومن المجهول على معلوم على أى وجه يقع إلا^(١٠) ما استثنى مثل
 أن يصلح على عبد على أن لا يخدمه ، أو لا يبعه لأن الصلح أوجب تمايحه
 وتمسكه . فإذا شرطه لم يحرم ذلك . وأما^(١١) الصلح الذى يحرم ما أحل الله
 أو يحل ما حرم الله ، فأما الذى يحرم ما أحل الله^(١٢) ، فهو مثل الأشرية
 والبياعات المعروفة الجائزة بين المسلمين . وأما الذى يحل ما حرم الله فكحقد
 الربا الذى حرم الله تعالى بنص القرآن ، فلا يجوز^(١٣) أن يحل بعقد الصلح
 ويصلح^(١٤) عليه .

29 وأما قوله : فلا يمنعك^(١) قضاء قضيتك فى الماضى^(٢) فراجع نفسك//
 [ل ٨ أ] وهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق فعناه أن القضاء الذى قضيت
 به فى الماضى^(٣) ، لا يمنعك من الرجوع إلى غيره إذا بان لك أن // [ف ٨ أ]
 القضاء به أولى بمثل ما قد مضى ، ولم يرد^(٤) نقض ما قد مضى من القضاء
 وهذا مثل قضايأ عمر فى الجدد : أنه قضى فيه بقضايأ لأنه كان [عن] طريق

(٣) سورة النور ، ٢٤ : ٤٩ - ٥٠ . (٤) ف : بيان . ج : بيان .

(٥) كذا فى الأصول ، والمصواب صلحاً .

(٦) ل : المسلمين الإصلاح من حلالاً أو حراماً .

(٧) ج : فانه أصل . (٨) ساقط من ف ، ج .

(٩) ساقط من ج . (١٠) ف : يجوز له .

(١١) ف : وصاله .

29 (١) ف : يمنعك من . (٢) ساقط من ف ، ج .

(٣) ف : يرد به . (٤) ساقط من ل .

الأجتهاد ، فكان ^(٤) يقضى تارة بأنه مثل الأب وتارة مشبهاً ^(٥) بمثل الأخ ، إذا قوى في اجتهاده أن شبهته بالأخ أولى منه بالأب ^(٦) وتارة بحكم آخر . ولم يفسخ شيئاً مما قضى به . كذا هذا ^(٧) . وأما قوله : فإن الحق قديم لا يبطل ، يعنى أنه متقدم للقضاء الذى قضيته ، فلا يبطل الحق بالقضاء الذى تقضى ^(٨) بخلافه وقوله : مراجعة الحق خير ^(٩) من التداى فى الباطل ، أى ارجع الى الحق إذا بأن لك خير من التطاول ، لأن التداى فى اللغة هو المطاولة والامتداد فى الباطل . وقوله : الفهم الفهم فيما يختلج فى صدرك مما ليس فى قرآن ولا سنة ، أى لتستعمل ^(١٠) عند اختلاج الصدر فيما ليس فى قرآن ولا سنة . وأصل الاختلاج من الخلج وهو الجذب ، وأراد به : إذا اختلج صدرك أى وقع فيه شيء وانجذب ^(١١) إلى شيئين ^(١٢) على جهة الشك فاستعمل الفهم والنظر ، فاعمل على ما هو أقوى عندك .

30 وقوله : ثم اعراف الأمثال والأشياء ، وقس الأمور عند ذلك فاعمد إلى أقربها إلى الله تعالى وأشبهها بالحق ^(١) يدل على جواز القياس من ثلاثة أوجه ، أحدها قوله : اعراف الأمثال والأشياء ، وهذا لا يكون إلا بالنظر والاستدلال ، وكل استدلال ففيه قياس . والثانى قوله : قس الأمور . وهذا نص على الأمر به ، والثالث قوله : فاعمد إلى أقربها إلى الله وأشبهها بالحق ^(٢) وهذا أيضاً لا يعرف إلا من جهة النظر والقياس ، وقوله : اجعل لمن يطلب حقاً غائباً أو شاهداً أمداً ^(٣) ينتهى ^(٤) إليه ، فإن أحضر بينة أخذ بحقه وإن عجز عنها أنفذ عليه القضاء . فإنه أبلغ للعذر وأجلى للعمى ^(٥) ، قد انتقلت هذه

(٦) ساقط من ف .

(٨) خير أولى .

(١٠) ف : ويتعذب .

(٢) ل : أمداً بعيداً .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ف : بالأخ .

(٧) ف : قضيه .

(٩) ف : استعمل .

(١١) ل : سر .

30 (١) ساقط من ج .

(٣) ل : ينتهى .

الجملة فواعد^(٥) منها أن القاضى ينبغي أن يؤجل للمدعى مدة لإحضار البينة إذا ادعى أن له بينة حاضرة سواء كان الحق غائباً أو شاهداً . فإن أحضر بينة أخذ بحقته ، وإن عجز أنفذ عليه القضاء : فأفادنا^(٦) هذا أيضاً أن البداية بيينة المدعى إذا كانت له بينة دون يمين المدعى عليه ، وأفادنا أن القاضى ينبغي أن // [ل ٨ ب] ينفذ الحكم إذا عجز المدعى عن إقامة البينة . وقوله : فإنه أبلغ للعذر ، يعنى إذا جعلت للمدعى مدة لإحضار البينة^(٧) كان أبلغ في العذر من أن [لا]^(٨) تجعل له مدة . وقوله : أجلى للعمى ، أى أجلى للشبهة إذا أجملت له وقتاً . والعمى الشبهة التى وقعت لأجل الدعوى فلا // [ف ٨ ب] يدري لمن الحق . ألا تسمع^(٩) قول القائل : فإن السؤال شفاء للعمى كما قيل في الزمن الأول ؟ يعنى أن السؤال شفاء من الشبهة .

31 وقوله : المسلبون عدول بعضهم على بعض إلا بجلودا في حد أو مجرباً عليه شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة ، قد انتظم معانى كثيرة منها أن أحكام المسلبين محمولة^(١) على الصحة والعدالة ما لم يظهر منهم سقوط العدالة . وهذا مذهب أبى حنيفة . والثانى أن المحدود في القذف لا تجوز شهادته لقوله : إلا بجلودا^(٢) في حد . وهذا عام إلا ما^(٣) خصّ بدلالة^(٤) ، وقد قامت الدلالة أن الجلود في سائر الحدود لا يمنع شهادة المحدود^(٥) خصصنا سائر المحدودين للدلالة^(٦) وبقي حكم العموم في القاذف . والثالث أن شهادة المتهم غير جائزة لقوله : أو مجرباً عليه شهادة زور . والرابع أن اتياهه الى غير مواليه واتسابه الى غير أبيه يوجب التنسيق وسقوط العدالة لأنه لولاه لم تسقط عدالته ضد

-
- | | |
|-----------------------|------------------------------------|
| (٥) ل : فواعد . | (٦) ل : فواعد . |
| (٧) ف : أبلغ للعذر . | (٨) لا يعظم العمى بدون النفي منه . |
| (٩) ل : تسمع إلى . | |
| 31 (١) ل : محمولة . | (٢) ل : جلود . ج : حدود . |
| (٣) ف : خصه الدلالة . | (٤) ل : خصصناه . |

ظننا فيه بولاء أو قرابة . وأما قوله : فإن الله تولى منكم السرائر وودأ عنكم بالبينات والأيمان ، معناه أن الله يطلع على سرائركم ، وحكم السرائر فيما بينكم وبين الله . وأما حكم القضاء فهو على الظاهر من بينة المدعى وبين المدعى عليه . وقوله : وإياك والغضب والعجز والتأذى بالناس والتسكّر^(٥) عليهم عند الخصومة^(٦) ، تأدياً للقاضي واحتياطاً لحق الخصوم . وذلك أن الغضب والعجز ونحوهما يمايشغل خاطر القاضي عن فهم الحديث^(٧) وحجج الخصوم فأمره بترك^(٨) ذلك لتسلا يمدل عن أصابة الحق . وأما^(٩) التسكّر عند الخصومة ، فالمراد^(٩) به سوء الخلق . قال أبو سعيد في الحديث : وإياك والقلق أى الغضب وضيق الصدر .

32 وأما قوله : فإن القضاء في مواطن الحق يوجب الله // [ل ٩ أ] به الأجر ، أراد أن القضاء لا يكون في جميع المواطن ، وإنما يكون في بعضها دون بعض ، والله تعالى يوجب له الأجر فيما يقضى ، ولم يُرد به أنه يوجب لبعض قضاياها دون بعض . وقوله : من خلصت نيته في الحق واثقاً على نيته أثناه الله ، ومن تزين للناس بما يعلم الله أنه ليس في قلبه شأنه الله به ، يعنى من أخلص النية لله في إنفاذ الحكم واثقاً من نفسه أنه يثبت^(١) . وقوله : شأنه الله ، يعنى من الثمين وهو القبح ، فما ظنك بثواب الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته ؟

(٥) ف ، ج : عند الخصوم . انظر أعلاه فقرة 24 حيث تجد : عند الخصوم

(٦) ساقط من ف ، ج . (٧) ساقط من ل .

(٨) ف : وأما قوله . (٩) ف : أراد .

باب الرجل يتلى بالقضاء ويدخل فيه^(١)

قال^(٢) : { ويبنى للرجل إذا تولى القضاء أن يتق الله عز وجل ويؤثر طاعته^(٣) ويعمل لمعاده ويقصد إلى الحق بمجهده فيما تقلده ، ويتخذ كتاباً ورعاً مسلماً له معرفة بالفقه } من قبل أنه إذا لم يكن ورعاً لم يؤمن عليه الحيانة ، وإذا لم يكن مسلماً فكذلك ، ولا^(٤) يؤمن عليه الكتابة بخلاف الشريعة ، [و] إذا^(٥) لم يكن فقيهاً لا يعرف كتابة السجلات وما يحتاج إليه القاضى من الأحكام ، فلذلك^(٦) شرط الفقه . قال : { ويتخذ أعواناً يكونون بين يديه } لأنه يستعين بهم فى إنفاذ الأحكام^(٧) ، ^(٨) ويكون أهيب وأعظم فى صدور الناس وأجراً أمراً فى إنفاذ الأحكام^(٩) .

34 قال : { وإذا أراد أخذ الرقاع ختم بخاتمه وحل ذلك إلى المسجد فأخذ رقاع الناس . فإن^(١) كانت قليلة^(٢) أخذها الكاتب عند باب المسجد قبل مجيء القاضى . ولا يزال يأخذ الرقاع^(٣) من واحد واحد^(٤) إلى مجيء القاضى . وفى كل رقعة اسم المدعى^(٥) واسم أبيه^(٦) واسم خصمه واسم أبيه . وإذا كانت الرقاع كثيرة لا يقدر القاضى أن يدعو بها فى يوم^(٧) فرقها فى كل يوم خمسين رقعة أو أكثر من ذلك على قدر طاقة القاضى للجلوس والصبر عليهم ، وأصلهم كل قوم وقت رقاعهم وفى أى تخرج . فإن رأى أن يقدم رقاع من معه شهود

33 (١) ف ، ج . باب الرجل إذا اجل بالقضاء ودخل فيه .

(٢) ساقط من ل . (٣) ف : طاعة ربه .

(٤) ف : لا . (٥) ف : وإذا .

(٦) ف : كذلك . (٧) ف : الحكم .

(٨) ساقط من ل .

34 (١) ل : كان قليلاً . (٢) ساقط من ل .

(٣) ل : كل يوم . (٤) ل : كل يوم .

في أول مجلس فعل ذلك { ، يعني في المدعى بالينة ، فيقدم أولئك ويطلبهم بالشهود . { فإن كان هناك شهود حاضرة سمعهم^(٥) ، ويقتصر^(٦) على اليمين في الأحكام التي يقتصر^(٦) فيها على اليمين { كاتقضاء العدة بالحيف ووضوح الحبل ، وكقيمة المنصوب ومثل ذلك من الأحكام التي يقتصر فيها على اليمين // [ل٩٦] وهذا معنى قوله : رقاع من كانت معه شهود^(٧) . وعندي أن المراد به من كان معه شهود حاضرة عند القاضي .

35 { ويجعل للنساء يوما يقعد فيه معهن فيدعوهن بغير رقاع فرو أستزلن . وأجوزي أن لا يُعرف^(١) المرأة إذا تقدمت إليه { لأن أمور النساء كلها كانت أستر^(٢) كان ذلك^(٢) أحسن . ألا ترى أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل حاملن في الحج والصلاة كأستر ما يكون لهن ؟ كذلك في القضاء إذا لم يجعل لهن رقاعا ولم يناد عليهن كان أستر^(٣) . قال : { وإن رأى أن يكون مع الكاتب^(٤) رجل ثقة مأمون^(٤) عند أخذ الرقاع فعل ذلك { فهو // [ف٢ب] أحوط وأجود ، لأن الكاتب وإن كان مأمونا^(٥) فإذا ضم إليه مأمون آخر^(٥) كان أحوط لأمور المسلمين وأبعد للثمة . ألا ترى أن الله تعالى جعل العدالة شرطا في الشهادة ولم يقتصر ، مع عدالة المهادد ، على عدل واحد حتى ضم إليه آخر احتياطا ؟ كذلك هذا مثله وإن لم يجعله على الوجوب ، فهو أحوط . قال : { فإذا أتوه بالرقاع وقد فرقها على عدد الأيام جعلها في قِمَطره وختمها بها { ثلثا يُحتال عليها — يؤخذ منها أو يزداد فيها . ثم يُخرج رقاع يوم بيوم . قال :

(٥) ساقط من ف ، ج . (٦) ساقط من ف ، ج .

(٧) ح : شهود حاضرة .

35 (١) ف : يعرف . ج : وأخرى للمرأة أن لا تعرف .

(٢) ف : فهو . (٣) ف : أحسن .

(٤) ف : رجلا ثقة مأمونا .

(٥) ساقط من ج . وآخر كلين في ف . آخر مأمونا .

{ ويبنى للذى يأخذ الرقاع إذا أخذها وهي ^(٦) كثيرة وضعها على الأيام وجعلها على ^(٧) ضبائر وشدها ثم يقرع بينها، ^(٨) وهو أن ^(٩) يكتب لكل ضبارة رقعة صغيرة فيها اسم رجل ^(١٠) من أهل تلك الضبائر ^(١١)، وتكون الأسماء مختلفة. ثم يجعل كل رقعة منها في طين قدر بندقة، ثم يندقها ويخلطها ويقول: من خرج اسمه أول فله يوم ^(١٢) السبت، والثاني له يوم الأحد، والثالث اليوم الذى يجلس فيه القاضى بعد الأحد. وكذلك ^(١٣) اسم كل رقعة يوم ^(١٤) حتى يفرغ من الرقاع { يعنى إذا كانت رقاع القوم كثيرة تبلغ مثل ^(١٥) خمسمائة رقعة يجعل مائة مائة فى ضبارة مقدار ما يعلم أنه يفرغ منها فى مجاس واحد ثم يكتب لكل لضبارة رقعة يكتب فيها اسم رجل واحد من أهلها ولا يكون اسمه موافقاً لاسم أحد من أهل الضبائر الأخر لئلا يختلط عليه.

36 قال أبو بكر: وإن شاء كتب ^(١) لكل لضبارة // [ل ١٠ أ] رقعة ثم يكتب على إحدها الأولى، والأخرى الثانية، وكذلك الباقيات يكتب عليهن الثالثة والرابعة والخامسة إلى أن ينتهى، ويبين أن الأولى لهذه الضبارة والثانية ^(٢) والثالثة لهذه. يعين لكل واحدة من الضبائر رقعتهما، ثم يجعل كل واحدة ^(٣) فى طين قدر بندقة على ما قال، ثم يخلطهما، ^(٤) ثم يطرح البنادق فى شيء ويغطيها، ثم يدخل يده أو يأمر إنساناً ^(٥) لا يعرف حال البنادق أن يخرجها، ثم يخرج بندقة بندقة. فإذا أخرج واحدة نظر اسم من هى لجعل لأهل تلك الضبارة اليوم الأول على ما قال الختصاف، واليوم الثانى لأهل ^(٦) البندقة.

(٦) ف : وكانت . (٧) ساقط من ف ، ج .

(٨) ساقط من ف ، ج . (٩) مكروى ل ، ف .

(١٠) ف : الضبائر . (١١) ساقط من ف .

(١٢) كذا فى ل ، وى ف ، ج : أبدأ اسم كل رقعة يوماً . ولعل الصواب : اسم كل

رقعة يوم . (١٣) ساقط من ل .

(١٤) ف : يكتب : (١٥) مزيد من ل : الرقة .

(١) ف : واحد . (٢) ف : يجعلها .

(٣) ل : إنسان . (٤) ف : أهل .

الثانية والثالث لأهل الثالثة ، إلا أن ينتهى على^(٧) ما قال الشيخ . وينظر^(٨) في الرقة الأولى فإن كان فيها مكتوب الأولى صار اليوم الأول لمن عين لهم هذه الرقة. // [ف ١٠ أ] وكذلك الرقة الثانية إذا خرجت فظر^(٩) إن كان فيها الثانية أو الثالثة مكتوب أو غير ذلك من الأعداد . فظر^(٩) لمن جعلت هذه الرقة فيكون يوم أهلها هو العدد المكتوب في الرقة ، إن كان فيها أول فأول يوم لهم ، وإن كان الثاني فالיום الثاني من المجلس لهم ، وإن كان فيها ثالث فالיום الثالث ، وإن كان فيها الرابع فالرابع إلى أن ينتهى . وكل هذا جائز لأن القصد منه علامته^(١٠) ونفى^(١١) التخليط فيما بينهم .

37 قال : { أو يعرف أهل كل ضبارة يومهم ثم يكتب لها ذكر أو أنه } أخذ الرقاع في يوم كذا من شهر كذا^(١٢) وهي كذا وكذا رقة في كذا وكذا لضبارة في كل ضبارة كذا كذا رقة ، فاضبارة^(١٣) يوم السبت كذا من شهر كذا ، وضبارة كذا يوم الأحد ، ويكتب على كل ضبارة يومها الذى هو لها . ويكون^(١٤) الذكر مع الرقاع . يأتي بها إلى القاضى فيجعلها في الرقاع التى فيها الرقاع ويختم عليها . أما تاريخ أخذ الرقاع فإنه إذا لم يورخ الرقاع المأخوذة لا يأمن أن تختلط بما يأخذها بعد ذلك فتصير الأولى فيها^(١٥) يأخذها بعد ذلك بالتاريخ . ويبين العدد لهذه العلة ويعرف ضبارها لهذا أيضاً . ويبين كل يوم ضبارة حتى لا تختلط بالثانية^(١٦) ، // [ل ١٠ ب] ولا يحصل يوم هذه لضبارة

(٧) ف : وعل . (٨) ف : انظر .

(٩) ف : ينظر . (١٠) ف : علامة ح : العلامة .

(١١) ج . وفى .

37 (١) ف : يكتب لها ذكر أو أنى . وكلمة « يكتب » فى ل : يكتبه .

(٢) مزيد هنا فى ج : من سنة كذا .

(٣) ف : قضاه . (٤) الكلمة غير واضحة فى ل .

(٥) ف : مما . فى ج . فإ . (٦) ف : بالبالية .

أخرى . وأما الحتم فلما بينا ^(٧) لتلايزاد فيها وينقص ^(٨) منها ، ^(٩) بل سبيلها أن تكون محفوظة عنده على أوثق ما يقدر عليه ^(١٠) .

38 باب القاضى كيف يعمل فى قبض ^(١) ديوان القاضى المعزول وكيف يعمل فى الإقرارات والمحاضر والسجلات

قال أبو بكر الخصاصف ^(٢) : { وإذا أراد القاضى أن يقبض ^(٣) ديوان القاضى الذى كان قبله فإنه يبعث ^(٤) برجلين من ثقاته فيقبضان من القاضى ديوانه } . ^(٥) وكونهما رجلين ^(٦) لزوال التهمة والاحتياط ^(٧) لأمر الناس وحقوقهم . قال : { فإذا أراد قبض ذلك نظر ^(٨) إلى ما كان من إقرارات وشهادة شهود ومحاضر فيقبض ^(٩) القاطر التى هى فيها محتومة . وما كان من سجلات وصكك بالأموال على الناس ، وما فيه من ^(١٠) حجج للناس فإنهما يكتبان ذلك ^(١١) شيئاً فشيئاً ويقولان : من ذلك قطرة فيها نسخة بسجل لفلان بن فلان كذا وكذا ^(١٢) ونسخة بسجل لفلان بن فلان كذا وكذا ^(١٣) منها ، حتى يكتبان ^(١٤) عدد النسخ كلها بعد أن يكون ذلك ^(١٥) بمحضرة القاضى المعزول أو بمحضرة أمينين ^(١٦) من أمنائه . ويكتب فى الصكك :

-
- (٧) ف : كذا يزاد فيها ولا ينقص . (٨) ساقط من ف ، خ .
38 (١) ساقط من ج . (٢) ساقط من ل .
(٣) ساقط من ل . (٤) ف : أما كون الرجلين .
(٥) ف د واحتياطاً . (٦) ل ، ف : نظر .
(٧) كذا فى ف ، ج . ول ل : فيقبض . والصواب : فيقبضان .
(٨) ل : حج على الناس ، فأنها يكتبان .
(٩) ساقط من ج .
(١٠) كذا فى ل . ول ف ، ج : يكتب . والصواب : يكتبان .
(١١) ف : ذلك كله . (١٢) ل ، ف : أمين .

(١٣) وقطر فيه (١٣) كذا // [ف ١٠ ب ٢] وكذا أصكاك (١٤) ، صك على فلان بكذا وكذا من المال لفلان بن فلان اليتيم . ومنها ، ومنها ، حتى يكتب (١٥) عدد الصكك على هذا المثال ، ويسميان (١٦) ذلك المال ولن هو وعلى من هو ويستلان القاضي عن ذلك شيئاً فشيئاً فيقبضانه منه مفسراً على ما يقول ، ويكتبان ذلك . وكذلك (١٧) أمور الوقوف وأموالها (١٨) ، وعدد ضياع الوقوف ومواضعها ، وأسماء الأمناء الذين للقاضي المعزول ، اسم (١٩) كل رجل منهم (٢٠) ، وما (٢١) في يده من ضيعة وما سببها ، ولأى شيء صارت في يد هذا الأمين . فإن كانت وقفاً أثبتنا أمرها على من هي وقف ، وفسراً ذلك وشرهاً باباً باباً . فإن كانت ضياعاً قبضها القاضي على خصومات ومنازعات (٢٢) أثبتنا ذلك على وجهه ، وأثبتنا أصحاب الودائع بأسمائهم وأسماء آبائهم ، وما عند كل رجل منهم ، ولن ذلك المال مينا مشروحاً . وهذا كله كلام الخصاص رحمه الله من عند قوله : فإذا أراد قبض ذلك منه .

39 وإنما أفرد الإقرارات وشهادة الشهود والمحاضر والسجلات والصكك بالأموال على الناس // [ل ١١ أ] لأنهم (٢٣) يقع بها حكم من الحاكم المعزول . وذلك لأن المراد بالإقرارات هو أن يقر الواحد عند القاضي بحق لغيره فلم يحكم به وأثبتت الإقرارات عنده بذلك . والمراد بالشهادات أن يشهد عنده شاهدان لرجل على آخر بحق فلم يحكم بشهادتهما حتى ينظر في عدالتهما ، فأثبت الشهادة في ديوانه . والمحاضر كذلك ، لأن المراد أن يجري بمحض القاضي إقرار أو

- | | |
|--------------------------|-------------------------|
| • (١٤) ف : صكاً فيها . | • (١٣) ل : وقطره فيها . |
| • (١٦) ف : ويسميان بيت . | • (١٥) ل : يكتبان . |
| • (١٨) ل : وأحوالها . | • (١٧) ساقط من ل . |
| • (٢) ل : فيها . | • (١٩) ف : رجل رجل . |
| | • (٢١) ف : ومنازعة . |

39 (١) ف : لأن الإقرارات والشهادات والمحاضر والسجلات والصكك ،

شهادة أو غير ذلك مما يوجب ثبوت حق^(٧) المدعى والمدعى عليه فيثبت^(٨) المحضر على ذلك قبل أن يحكم بشيء من ذلك على المدعى عليه . وأما السجلات فإنما تكون بعد إتمام الحكم لأنه يكون^(٩) بعد ما قضى على المدعى عليه بالحق فيكتب^(١٠) : إني قد حكمت على فلان بن فلان^(١١) لفلان بن فلان^(١٢) بكذا وكذا وسجل^(١٣) بذلك الحكم^(١٤) . وكذلك الصك إنما يكتب^(١٥) : لفلان على فلان كذا وكذا درهما . فالأحسن أن يفرد المحكوم به من غير المحكوم . وأما ما قال من حجج الناس ، فالمراد به ما قد قضى به من الأحكام وأخذ حججهم فيكون مع السجلات أيضاً .

40 وأما كتبه عدد السجلات في كل قطر واسم صاحب السجل واسم أبيه حتى يكتب النسخ كلها فلان^(١٦) أمين القاضى إن لم يكتب هذا فصلا فصلا ويأخذ هذا^(١٧) من القاضى المعزول^(١٨) لم يقدر على^(١٩) إيصال كل ذى حق إلى حقه . فلا بد^(٢٠) [ف ١١ أ] له أن يفصل ذلك كله من جهة القاضى المعزول . وأما شرط كون القاضى المعزول أو أمينه^(٢١) حاضرا عند قبض الديوان فلان مافى الديوان للناس عند المعزول كالوديعة عند المودع . فليس لهذا القاضى قبضه إلا بحضوره أو بحضور من يقوم مقامه من أبنائه كما ليس لاحد أن يقبض الوديعة من يد المودع إلا بحضوره .

وأيضاً فإن هذا القاضى يحتاج أن يتسلم من المعزول مافى ديوانه ويثبت

-
- | | |
|------------------------|--------------------------|
| (٢) ساقط من ف ، ج . | (٣) ف . فيكتب . |
| (٤) ج : لا يكون . | (٥) ساقط من ف . |
| (٦) ساقط من ف . | (٧) ساقط من ل . |
| (٨) ف : يكتب أن . | (٩) ساقط من ف . |
| 40 (١) ساقط من ل . | (٤) ف : أمين من أمثاله . |
| (٣) ف : ليس يقدر إلى . | |

ذلك^(٥) في ديوان نفسه ، لكي إذا جاء طالب يطلب تسليم^(٦) شيء من حقوقه دفعه^(٧) إليه إن كان قد تسلمه من المزعول ، وإلا رجع به صاحب الحق على المزعول ولا يتلف حق إنسان فيما بينهما . فيكون في ذلك احتياط لأموال الناس والقاضيين جميعاً // [ل ١١ ب] أيضاً ، لأنه إذا كان بنصر محضر من المزعول إن جاء مدعى يدعى^(٨) على المزعول شيئاً مما قد كان أثبت في ديوانه ، يقول : قد قبضه القاضي المولى . وعسى الحجة عند القاضي^(٩) المزعول ، فلا يصل المدعى^(١٠) إلى حقه من جهة المزعول لهذه العلة ، ولا من جهة المولى لأنه يقول : ما قبضت^(١١) شيئاً مما يدعى . فيكون في ذلك إتلاف حق^(١٢) المدعى . وأما احتياط بحق^(١٣) المزعول فلأنه يجوز أن يكون قد قبضه القاضي المولى فأنكره والمدعى^(١٤) هوذا^(١٥) يدعى الحق على المزعول ، فإذا حضر هو وسلم^(١٦) الديوان إلى الثاني^(١٧) زالت التهمة عنه ، لأنه يقيم البيئة على تسليمه إلى الثاني . وأما احتياط الثاني فلما يبتأنه إن لم يتسلم بمحضر من القاضي يجوز أن يتسهم فيما يدعى عليه وإن لم يكن قبض ذلك من المزعول . وإذا حضر المزعول وقبض ما عنده بمحضرة وأثبت ذلك في ديوانه زالت التهمة عنه .

41 وأما عدد الصكاك التي فيها أموال الناس فإنما يحتاج أن يثبت^(١) عددها واسم الذي له المال والذي عاينه واسم^(٢) آباؤهم لأن ذلك أحوط

-
- | | |
|--------------------|------------------------------|
| (٥) ساقط من ل . | (٦) ف : تسليم حقوقه أو فاه . |
| (٧) ساقط من ل . | (٨) ساقط من ل ، ف . |
| (٩) ساقط من ل . | (١٠) ف : قبضت منه . |
| (١١) ج : مال . | (١٢) ساقط من . |
| (١٣) ل : هو الذي . | (١٤) ل : الديوان الثاني . |

41 (١) مزيد هنا في ج : ذلك في ديوانه ، وثبت .

(٢) هكذا في الأصل ، والصواب : أسماء .

لأموالهم . ولأنه^(٣) إذا لم يكتب عدد الصكك لوضاع منها شيء ينهب^(٤) مال صاحبها ، لأن الذى عليه المال لو أنكر ، ولا حجة لصاحبه غير ذلك ، بطل حقه ، وأيضاً فإن القاضى إذا لم يكتب عدد الصكك فى ديوانه لا يأمن أن يدعى أحد عليه صكاً^(٥) فيسكون قد أخذ لنفسه بالاحتياط .

42 وأما الوقوف فإنما عليه أن يكتب أسماء الأئمة الذين فى أيديهم^(١) من أئمة القاضى المعزول ومواضعها ولاى شيء صارت فى أيديهم^(٢) وماسبها لأنه إذا لم يتعرف ذلك من المعزول اشتبه عليه أمر الوقوف وما تصرف^(٣) إليه غلاتها ، ولأنه يجوز أن ينكر واحد من أئمة فلا يقدر القاضى المولى على^(٤) // [ف ١١ ب] إثباته ، فإذا أثبت^(٥) من جهة المعزول سهل عليه أمره . وأيضاً فإنه يجوز أن تكون الضياع فى أيدى الأئمة على غير وجه الوقف^(٦) ، على وجه منازعة الخصومة ، ووضعها على يدى عدل ، أو هى ودعية لغائب ، أو^(٧) مال اليتيم^(٨) تركها فى يدى عدل^(٩) ، فلا بد لهذا القاضى من^(١٠) أن يستفسر أمر ذلك من القاضى المعزول ويكشف حالها حتى يقف على حقيقة الأمر ويوصل كل ذى حق إلى حقه .

43 قال : { ثم يكتب^(١) } // [ل ١٢ أ] أيضاً أسماء المحبسين فى حبس القاضى ، وبأى شيء حبس كل رجل منهم ، وماسبه ، ولئن هو محبوب ويستلان القاضى عن ذلك . وإن كان ذكر ذلك فى ديوان القاضى يبرئ^(٢) فانه^(٣)

(٣) ف : وذلك لأنه .

(٥) ل : صك .

42 (١) ساقط من ف .

(٢) ف : وما .

(٣) ساقط من ف .

(٤) ف : اشبه الأمر .

(٥) ف : الوقوف .

(٦) ل : ملل سى .

(٧) ل : عدله .

(٨) ساقط من ف .

43 (١) ف : كتب .

(٢) ف : يبرئ .

بأسمائهم . ويسأل المحبسين عن أسباب حبسهم ولمن حبسوا (٣) وذلك لأن (٤) القاضي المعزول لا يقبل قوله على المحبسين ، فلا يقضى (٥) القاضي المولى (٦) بقول المعزول لحسب على أحد (٧) حتى يسأل المحبسين (٨) عن ذلك ، لأنه (٩) بعد العزل كواحد من الناس ، فلا يجوز قبول قوله (١٠) على أحد (١١) . وليس هذا كالباب الأول ، لأن هناك لم يصل القاضي المولى إلى معرفة ما في الديوان إلا من قبل (١٢) المعزول ، وهاهنا يتوصل إلى معرفة ذلك من جهة المحبسين ، فلا يصدق القاضي على المحبسين ويسألهم عن سبب حبسهم .

44 قال أبو بكر الخصاص (١) : { فإن صدقوا القاضي في ذلك وأقروا بما يجب به حبسهم أقرم في الحبس بعد أن يعرضهم ويجمع بينهم وبين خصائهم (٢) من غير تفریط في ذلك (٣) ، فإذا طلب خصائهم (٤) الحبس حبسهم وأقرم (٥) على ما كانوا عليه ، لأن حق الحبس ثابت (٦) عليهم للخصوم (٧) ، فلا يجوز له إطلاقهم . فإن أنكروا أن يكونوا حبسوا بأمر يلزمهم (٨) الحبس كشف القاضي عن أمرهم وعرضهم (٩) واحداً واحداً ، فن كان له خصم أحضره معه (١٠) حتى يقيم عليه البينة بحقه (١١) ، فإن أقر له المحبوس بحق وطالب حبسه يرده إلى الحبس . ومن لم يقر منهم وأقام عليه شهودا بحقه (١٢) ، فإن كان القاضي يعرف

-
- (٣) ف : حبسوا له . (٤) ف : أن .
 (٥) ج : يقتصر .
 (٦) ف : هل قول المعزول لحسب ولا على أحد ذكر ذلك .
 (٧) ساقط من ل . (٨) ف : لأن القاضي .
 (٩) ساقط من ل . (١٠) ف : هند .
 44 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ف ، ج .
 (٣) ف : حبسهم أقرم . ج : حبسهم وعودهم إلى الحبس أقرم .
 (٤) ساقط من ف . (٥) ف : للخصماء .
 (٦) ج : لم يلزمهم . (٧) ف : وعرضهم .
 (٨) ساقط من ف ، ج . (٩) ساقط من ل .

الشهود بالعدالة أقره في الحبس، إذا أراد خصمه ذلك، وإن كان لا يعرف
الشهود أخذ من المحبوس كفيلاً بنفسه وأطلقه إلى أن يسأل عن الشهود. فإذا
عُدُّوا وأراد خصمه حبسه رده إلى الحبس {، ^(١٠) من قبل أنهم أنكروا مقالة
القاضي المعزول ^(١١) فليس للقاضي المولى إطلاقهم ^(١٢) بغير حجة، لأن أمر
القاضي المعزول محمول على الصحة وأن حبس المحبسين ^(١٣) كان بالحق لا بالباطل ^(١٤)،
فلا بد للمولى أن يكشف ^(١٥) عن حالهم فيحضر خصومهم ^(١٦) الذين أقر لهم
المعزول. فإن ادعى خصومهم ^(١٧) [ف ١٢ أ] ما أقره القاضي وصدقهم ^(١٨)
المحبسون تركهم في حبسهم لثبوت الحق الموجب للحبس. وإن ^(١٩) أنكر
الخصماء ^(٢٠) أن يكون لهم عليهم حق يوجب الحبس، فإن القاضي يكشف
أمرهم ويعرف حالهم ويعرضهم واحداً واحداً فإن كان لواحد منهم [ل ١٢ ب]
^(٢١) خصم أحضره معه ويحكم فيما بينهم ما ^(٢٢) يوجب الحكم. وإن لم يتبين له
خصم أخذ في كل واحد منهم ^(٢٣) كفيلاً ^(٢٤) وأطلقهم من قبل ^(٢٥) أنه يجوز أن
يكون حبسهم لقوم آخرين فلا يلزم للقاضي أن يطلقهم ويضيع حقوق الناس
إلا بأن يأخذ منهم كفيلاً. وأيضاً فإن هذا يجوز أن يكون حيلة احتال بها
المحبوس مع الخارج على صاحب الحق: يأمر إنساناً ليحمل ^(٢٦) إليه رجلاً
باسم خصمه ونسبه ^(٢٧) ويلقنه ذلك حتى يقول عند القاضي المولى ذلك ^(٢٨)
فلا يلزم للقاضي أن يطلق المحبوس حتى يستوافق منه بكفيل ثقة أمين ^(٢٩).

(١٠) ف: ذلك أنهم قد أقروا عند القاضي وقد حصلوا في حبس القاضي

(١١) ف: إطلاقه لأمرهم . (١٢) ف: بالحق دون الباطل .

(١٣) ف: يستكشف . (١٤) ف: خصماءهم .

(١٥) ف: وصدقهم .

(١٦) ف: أنكر والخصماء . ل: أنكر الخصم .

(١٧) ف: أما . (١٨) ساقط من ل .

(١٩) ف: ويطلقهم من جهة . (٢٠) ل: بالتحمل .

(٢١) ف: وألقه حتى قال عند القاضي المولى .

(٢٢) ساقط من ف .

45 قال : { وإن كان في الحبس ^(١) قوم لم يحضر لهم خصوم ^(٢) وادعوا أنهم حبسوا بغير حق وأنهم ليس لهم خصم ^(٣) أمر القاضي مناديه أن ينادى في مجلسه ^(٤) كل يوم إذا جالس ^(٥) أن القاضي يقول : من كان يطالب فلان ابن فلان الفلاني المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبين خصمه ^(٦) . فإن حضر ^(٧) له خصم ، وإلا أطلقه من الحبس . ينادى كذلك ^(٨) أياماً ، فإن حضر خصم لأحد منهم جمع بينه وبينه ، وألزمه ما يلزمه ^(٩) وإن لم يحضر لأحد منهم خصم ^(١٠) تأتى في أمورهم ولم يعتجل في إطلاقهم حتى يأتى ^(١١) عندهم { ^(١٢) لأنه يجوز أن يكون لرجل منهم خصم غائب أو مريض فإن لم يحضر خصم أخذ منهم كفيلاً بأنفسهم وأطلقهم بعد التأني . ووجه هذا كله احتياط على حسب ما بينه ^(١٣) .

46 قال ^(١) : { فإن قال بعضهم : أنا محبوس لرجل يقال له فلان بن فلان بألف درهم أقررت له بها عند القاضي المعزول لحبسي ، فإن القاضي يأمر بإحضار خصمه . فإذا حضر وعرفه ^(٢) القاضي أنه فلان بن فلان أو عرفه بإياه شهود شهدوا على نسبه ^(٣) ، فقال المحبوس قد أحضرت ماله فقل له يقبضه مني ويخرجني من الحبس ، ويأخذ ^(٤) ماله ، فإن القاضي ينتظر في أمر المحبوس فإن لم يجد له خصماً غير صاحب المال أطلقه من الحبس . وإن لم يقف من أمره على

- | | |
|----------------------|-------------------|
| 45 (١) ف : المحبين . | (٢) ساقط من ج . |
| (٣) ساقط من ج . | (٤) ف : بينه . |
| (٥) ف : كان . | (٦) ل ، ف : ذلك . |
| (٧) ف : يلزمه له . | (٨) ساقط من ل . |
| (٩) ل : سئل . | |

(١٠) ف : لرجل منهم خصماً غائباً ، فإن لم يحضر خصم أحد منهم أخذ من كل واحد منهم كفيلاً بنفسه وأطلقهم بعد التأني . وقد بينا وجه الاحتياط في ذلك .

- | | |
|--------------------------------|--------------------|
| 46 (١) ف : أبو بكر رحمه الله . | (٢) ف : فان عرفه . |
| (٣) ل : نفسه . | (٤) ف : فأخذ . |

حقيقة أخذ منه كفيلا وأطلقه}. أما تعريف القاضى المقر^(٥) له فلأن القاضى يبنى له أن يحتاط فى حق الخصم لئلا يكون المقر له غير خصم^(٦) المحبوس فيبنى أن يعرف اسم المقر له واسم أبيه ونسبه ليتبين أنه خصم المحبوس أو غيره . فإذا^(٧) بان له ذلك^(٨) حينئذ يجرى على المحبوس من الحكم^(٩) [ف ١٢ ب] ما توجبه الشريعة فيما بينه وبين المقر له من حبس أو غيره . وأما فى حق الغير فيحتاط^(١٠) فيه ويأخذ من المحبوس^(١١) [ل ١٣ أ] كفيلا لئلا^(١٢) يكون محبوساً بحق غير المقر له فيكون فى إطلاقه إياه إضاعة حق الغير .

47 قال^(١) الخصاص : { وكذلك^(٢) إذا أراد الطالب إطلاق المحبوس من الحبس^(٣) إلا قبض^(٤) المال ولكنه أراد الرفق به فسأل القاضى إطلاقه تأنى القاضى فى أمر إطلاقه^(٥) لئلا^(٦) يكون محبوساً لغيره ، ثم أطلقه بعد ذلك على ما وصفت^(٧) لك . قال : { فإن كان القاضى لا يعرف الطالب^(٨) ولم يأت من يعرفه^(٩) من الشهود وأشكل على القاضى أمره ، وقال المحبوس : إنما حبست لهذا الرجل بألف درهم وقد أحضرتها ، فقل له^(١٠) أن يقبضها منى^(١١) ويخرجنى من الحبس ، فإن القاضى يأمر هذا الرجل بقبض هذا المال لإقرار^(١٢) المحبوس له بذلك ، لأن الحق الذى ثبت فيما بينهما ليس له طريق إلى إثباته إلا من جهتهما فيصدّقان على ذلك وينفذ الحكم على المقر^(١٣) على حسب^(١٤) ما اقتضاه اللفظ^(١٥) المقر له^(١٦) . قال : { فأما إطلاقه فلا يبنى له أن يطلقه بقول هذا

-
- | | |
|---------------------------|--|
| (٥) ف : للمقر . | (٦) الخصم . |
| (٧) ف : كان كذلك . | (٨) ف : فانه يحطأ . |
| (٩) ف : لكيلا . | |
| 47 (١) ساقط من ل . | (٢) و : بلا قبض منه . ج : من غير قبض . |
| (٣) ف : لكي لا . | (٤) ف : وصلنا . |
| (٥) ف : ولا يلزم تعريفه . | (٦) ف : قيل له . ج : فأمره . |
| (٧) ساقط من ف . | (٨) ل : بإقرار . |
| (٩) ساقط من ج . | (١٠) ل : للمقر له . ولعل الصواب : المقر به . |

القابض للبال { لأنه لا يدرى لعل هذه حيلة من المحبوس ^(١١) أيضاً إذ قد يجوز أن ^(١٢) يأتي برجل يسمى باسم خصمه ليطلقه ويخلص ^(١٣) من الخصم . ولكنه ^(١٤) إذا قبض هذا المقر له المال ^(١٥) يأمر القاضي بالنداء على المحبوس ، أن القاضي يقول لمن كان ^(١٦) له حق على ^(١٧) فلان بن فلان في حبس القاضي فلان بن فلان فليحضر ، فإن لم يحضر ^(١٨) له خصم ^(١٩) أطلق القاضي ^(٢٠) المحبوس بعد أن ^(٢١) ينادى أيلماً . ^(٢٢) فإن أتى إنسان يطالبه بشيء وقال : لى حبس ، فظر في أمرهما على ما قسرت لك . فإن لم يأت أحد ^(٢٣) تأتى القاضي أيلماً ثم أخذ من المحبوس كفيلاً بنفسه وأطلقه من الحبس ^(٢٤) .

فصل ^(١)

48

قال : { فإن قال المحبوس : إنه لا كفيل لى . أو ما يجب على كفيل وليس لى خصم وإنما كنت محبوساً ^(٢) لهذا الرجل الذى قبض ما له منى ولست أعطى كفيلاً ، تأتى القاضي في أمره ولم يجعل إطلاقه حتى ينادى ويسأل عن خصم إن كان حبسه . يفعل ذلك شهراً أو نحوه على ما يرى . فإن أتى له خصم ، وإلا أطلقه من الحبس { من قبل أنه ^(٣) يجوز أن يكون حبسه لهذا ^(٤) المقر له ^(٥) على ما قال ، فلا يستحق الحبس بعد ذلك ، فيطلقه ^(٦) إذا لم يستبين

-
- | | |
|------------------|---|
| (١١) ساقط من ف . | (١٢) ف : وفلت . |
| (١٣) ساقط من ف . | (١٤) ف : حبس . |
| (١٥) ساقط من ف . | (١٦) ف : فلان بن فلان من الحبس . |
| (١٧) ساقط من ل . | (١٨) ل : يتأنى في أمره ويأخذ منه كفيلاً بنفسه |
- ثم يخل سبيله .

- 48 (١) كلمة فصل في ف ، ج فقط . (٢) ل : محبوس .
- (٣) ل : من قبل لأنه . (٤) ل : المعنى .
- (٥) ف . ج : فلان بن فلان أن يطلقه .
- (٦) ل : إذا لم يبين أن له حقاً أخذ .

له حق أحد عليه^(٦) . وأيضاً فإنه يجوز أن يكون حبسه لغيره^(٧) للتعزير والتعزير لا يوجب مداومة الحبس^(٨) فلذلك كان له^(٩) أن يطلقه .

49 { قال الخصاص رحمه الله^(١) . { فإن قال قائل : لا ينبغي للقاضي المولى أن يترك أحداً من المحبسين في الحبس إلا أطلقه ، [لا رجلاً^(٢)] // [ف ١٣ أ]^(٣) أقر أن لإنسان يعينه^(٤) // [ل ١٣ ب] عليه حقاً وذلك الإنسان يريد^(٥) حبسه ، أو إنسان يأتي بشهود عدول على أحد منهم ، فأما من لم يحضر^(٦) له خصم فإن القاضي لا يحبسه ، قيل له : وجدنا^(٧) هؤلاء محبسين في يدي قاضي^(٨) من قضاة المسلمين^(٩) ، والذي عندنا أن نضع^(١٠) أمر القاضي وحبسه على أنه لم يحبسهم^(١١) إلا بأمر يلزمه الحبس ، ولا يجوز أن يقول^(١٢) حبسهم يظلم ، فيطلقهم } ، لأن القاضي عندنا على العدالة والأمانة حتى يصح عليه خلاف ذلك^(١٣) ، وهذا صحيح على ما بيننا فيما سلف .

50 قال الشيخ^(١) رحمه الله : أليس قد قلت إن الحبس يجوز أن يكون لأجل التعزير ، والتعزير لا يوجب مداومة الحبس ، فلا يجوز إطلاق القاضي إياه بغير كفيل ؟ فقال : ليس كذلك لأن ظاهر الحال يوجب الحبس سواء كان للتعزير أو غيره ، فلا يجوز إطلاقه إلا بعد الثاني والأخذ بالاحتياط .

(٧) ف : لغير . (٨) ف : للقاضي .

49 (١) ساقط من ل . (٢) ف : رجل .

(٣) ف : يترك لإنسان يعينه بحق لغيره ذلك الإنسان .

(٤) ف : يمكن . (٥) ف : إذا وجدنا .

(٦) ساقط من ل . (٧) ل : يضع . ج : ضيع .

(٨) ف : يحبس . (٩) ج : يكون .

(١٠) من هنا إلى آخر فقرة 50 مضطرب ل ل . وكل الذي تضمنه هذا : وليس لأحد أن يقول لهذا القاضي المولى أن لا يصرف الأمور هم فلا يأمر بحبسهم ولا يبنى غير ذلك لأن هذا يقتضي إطلاقهم ، وقد بينا أنه لا يجوز للقاضي إطلاق المحبسين بغير حجة .

50 (١) ليس من الواضح من هو هذا الشيخ ولعله أحد تلامذة أبي بكر الرازي ، راوى هذا المرحوم عنه .

51 قال الخصاف { فإن قال^(١) قائل : فإن لم يطلقهم القاضى وأنه لا يلبغى أن يعرض فى أمورهم بشئ لا يأمر بحبسهم ولا ينهى ذلك ، قيل له^(٢) : فإن قال هذا القاضى : أنا لا آمر بشئ فى ذلك ولا أنهى ، فأطلقه بواب من الحبس ، هل يتركه هذا القاضى وذلك ؟ فإنه لا يلبغى للقاضى أن يدع البواب وذلك ولكنه يكشف عن أمرهم على ما وصفت لك ويسأل عن أحوالهم ، فإذا صح عنده شئ عمل به وأخذ به : وهذا بين لأن المحبوس إذا لم يكن هناك مانع يمنعه من الخروج من الحبس خرج ولا يقعد فى الحبس . كمن يقول إن^(٣) القاضى يلبغى أن لا يأمرهم بحبسهم ولا ينهى عن ذلك ، يقتضى إطلاقهم ، وقد بينا أنه لا يجوز للقاضى إطلاق المحبسين بغير حجة^(٤) .

52 قال^(١) الخصاف رحمه الله : { فإن قال^(٢) رجل من المحبسين : حبسنى القاضى^(٣) بإقرارى بالزنا أربع مرات فحبسنى ليقم على الحد^(٤) وأنا مُحْصَنٌ ، أو : حبسنى ليضربنى حد الزنا ، أو قال : أقررت عنده بشرب الخمر فحبسنى ليقم على الحد^(٥) ، فإن القاضى يستقبل النظر فى أمره ولا يلتفت إلى ما كان من إقراره عند القاضى الأول ولا إلى بينة إن كانت قامت عليه { ويجب على القاضى^(٥) النظر فى أمره على الاستقبال كأمره^(٦) رجل خبره^(٦) الساعة فأقر عنده بهذا الذى وصفنا . فإن حضر له خصم ، وإلا أخذ منه كفيلا وأطلقه من الحبس . وأما حد الزنا ، فإن عاد وأقر عنده^(٧) . بذلك أربع مرات ووصف

51 (١) ساقط من ف .

(٢) ساقط من ج .

(٣) ف : إلى .

(٤) انظر ملاحظة (١٠) فى لفظ 49 .

52 (١) ساقط من ل .

(٢) ف : كان قال .

(٣) ساقط من ل .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ف : هذا القاضى .

(٦) ف : حضره .

(٧) ساقط من ل .

الزنا وسأل القاضى عن عقله وأمره فوجده على صحة^(٨) من ذلك فإنه يلزمه في ذلك ما يلزمه^(٩) وأقام عليه // [ف ١٣ ب] الحد وإن كان قد تقدم ، لأن حد الزنا لا يسقط بالتقدم. وأما^(١٠) شرب الخمر والسكر^(١١) من النبذ فإنه لا يثبت على المقر بذلك^(١٢) لأن^(١٣) حد السكر يجب مادام^(١٤) الخمر في بطنه أو يوجد^(١٥) منه رائحتها^(١٦) أقدر يوم وليلة منذ شربها^(١٧). وكذلك الشهادة في ذلك إذا لم يشهدوا عليه يوم شربها أو صبيحة ذلك اليوم لم يُقم عليه الحد .^(١٨) وإنما قلنا إنه لا يقتصر على الإقرار الأول منه^(١٩) لأن القاضى الأول لما عُرِض صار كواحد من الأجنيين . فإقرار المقر عنده بالزنا^(٢٠) كإقرار^(٢١) إذا كان ذلك بما^(٢٢) تسقطه الشبهة^(٢٣) ، وليس هذا كالإقرار بالمال : إنه يجوز نقله إلى القاضى الثانى ، لأن^(٢٤) الإقرار بالزنا لو نقلناه إلى هذا القاضى الثانى لم يخلُ نقله من أن يكون بالشهادة أو بإقرار هذا^(٢٥) . وإقرار الإنسان بالزنا لا يجوز أن ينقل إلى القاضى بالشهادة . ألا ترى أن شاهدين لو شهدا عند القاضى على إقرار رجل بالزنا لم^(٢٦) تقبل شهادتهما^(٢٧) ؟ فكذلك مسئلتنا . لا يجوز نقل الإقرار بالشهادة ولا يجوز نقله بإقرار هذا // [ل ١٤ أ] المقر^(٢٨) لأن حكم ذلك الإقرار قد بطل من حيث لا يجوز أن يحكم عليه بالحد بذلك الإقرار . فلا بد للقاضى من أن يستأنف به الحكم ، فإن أقر به على ما أوجبه الحد أو الرجم أثبتته ، وإلا لم يؤخذ بذلك . وأما^(٢٩) حق الغير فإنه لا يطلق عنه حتى

- (٨) ف . ألزمه القاضى في ذلك ما يلزمه وألفظه عليه .
 (٩) ل : ولو .
 (١٠) ل : والسكر .
 (١١) ف : من قبل أن .
 (١٢) ف : يجب .
 (١٣) ف : يحد .
 (١٤) ساقط من ل :
 (١٥) ف : وأما حكمه مع المقر له في الزنا لم يجمله بمنزلة من أقر عنده هذا الإقرار .
 (١٦) ف : كالإقرار . ج : كالإقرار عند غيره .
 (١٧) ف : إذا كان ذلك مما يسقط بالشبهة .
 (١٨) ف : من قبل أن .
 (١٩) ج : بالإقرار من هذا المقر .
 (٢٠) ف : لم يقبل ذلك منهما ولا يلتفت إلى شهادتهما .
 (٢١) ساقط من ل .
 (٢٢) ف : وأما في .

يؤخذ منه كفيلاً^(١٣) بعد الثاني في أمره على ماينتا .

53 قال : { ولو كان الإقرار بحد القذف^(١) وقطع اليد قبيل القاضي ذلك منه وحكم^(٢) مايبه بإقراره أنه فعل ذلك } . ولا يشبه هذا الفصل الأول لأن هذا حق بين آدم وحقوق بني آدم لا يسقط بالشبهة ، "فوجب أن يؤخذ" بإقراره على نفسه بما لإنسان^(٣) ، وكما أنه لو جاء إلى^(٤) القاضي فقال : إني كنت قذفت فلاناً بالزنا ، وفلان يدعى^(٥) عليه ذلك ، حده القاضي بقوله : كنت قذفت^(٦) . فكذلك هذا المحبوس إذا أقر بأن حبسه كان لأجل القذف أخذ^(٧) به . وأما حد^(٨) الزنا فهو من حقوق الله تعالى ، ليس لأدمي^(٩) فيه حق . ألا ترى أنه لا يسقط بالتراضي^(١٠) عليه^(١١) لأنه حق الله تعالى^(١٢) ؟ ألا ترى أنه لو جاء إلى القاضي فقال : كنت أقررت بالزنا ولم يؤخذ بهذا الإقرار؟ فكذلك في مسئلتنا ، لا يؤخذ المحبوس بقوله : إني حبست بإقرارى بالزنا . قال : { والقصاص مثل حد القذف لأنه من حقوق بني آدم } .^(١٣) وأما أخذ السفيل منه بعد إقامة حد القذف إذا أراد إطلاقه لأن حد القذف وإن ناب عن^(١٤) [ف ١٤ أ] جميع ما يلزمه من سائر الناس بالقذف ، فإنه لا ينوب عن سائر الحقوق . ويجوز أن يكون محبوساً بحق آخر لغير هذا المقنوف ، فلا يطاق دون أن يؤخذ منه كفيلاً^(١٥) .

(٢٤) ف : كفيلاً .

53 (١) ف : أو قطع يد فان القاضي يقبل منه ذلك المسكو .

(٧) ف : فيؤخذ .

(٣) ف : الايمان .

(٤) ف : فان يقول .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ف : قلته .

(٧) ف : يؤخذ .

(٨) ساقط من ف .

(٩) ف : لأدمي .

(١٠) ل : بالتراضي .

(١١) ساقط من ل .

(١٢) ل : قال وبأخذ به كفيلاً بعد إقامة حد القذف عليه إذا أراد إطلاقه لأن حد القذف لن يبرىء من جميع ما يلزمه من سائر الناس بالقذف فانه يجوز أن يكون محبوساً بحق آخر لغير هذا المقنوف فلا يطلقه أو يأخذ منه كفيلاً .

54 قال ^(١) الخصاص رحمه الله: { وأما ^(٢) أموال الودائع ^(٣) فإن قال القاضى المعزول : على يدى فلان كذا وكذا من المال ، وهو لفلان بن فلان ، فإن القاضى المولى يسأل الذى على يديه الوديعة ^(٤) عن هذا المال . فإن قال : دفعه إلى القاضى فلان وقال لى هو لفلان بن فلان ، أو قال : دفعه إلى القاضى فلان بن فلان ولأدرى لمن هو ، فإن القاضى المولى يقبل قول القاضى المعزول فى ذلك ، وقول الذى فى يديه ذلك ، فيجعله لمن أقر له ^(٥) . { وكذلك الضياع والعقار والعروض كلها لأن ^(٦) الذى فى يديه الشيء إذ أقر أن الشيء وصل إلى يده من جهة القاضى فقد اعترف للقاضى باليد ^(٧) وصار ^(٨) كأنه فى يدى القاضى فيجوز /// [ل ١٤ ب] إقراره فى جميع ما أقر به ، كما يجوز ^(٩) لإقرار الانسان ^(١٠) على ما فى يديه .

55 قال : { وإن اختلف القاضى ^(١) المعزول والذى فى يده المال ^(٢) فقال القاضى : هو لفلان . وقال الذى فى يديه المال : هو لفلان — رجل آخر — ولم يقل : إن القاضى دفعه إلى ^(٣) ، فإن القول ^(٤) يقول الأمين { لأن ^(٥) الذى فى يده المال إذا لم يقر للقاضى بثبوت اليد على المال وأنه أخذه منه صار هو ^(٦) وواحد من الناس ^(٧) سواء ، فيكون القول قول من فى يده من المال لأن كل من ^(٨) فى يده شيء للغير ، فالقول قوله فيما أقر به . { وإن قال الأمين : دفعه إلى القاضى فلان بن فلان وهو لفلان — رجل آخر — لم

-
- 54 (١) ساقط من ل . (٢) الأموال فى الودائع .
 (٣) ف : الودائع .
 (٤) ف : له بذلك .
 (٥) ف : من قبل أن .
 (٦) ل : بيده .
 (٧) ف : قصار الشيء .
 (٨) ف : لإقراره للامان .

- 55 (١) ساقط من ج . (٢) مزيد هنا فى ف ، ج : لم يقبل قول القاضى المعزول فيه ، وهو أن يقول القاضى .
 (٣) ف : قوله من قبل أن .
 (٤) ف : الأجنبيين .
 (٥) ساقط من ج .

يُصدق الأمين على ما قال ، والقول قول القاضى { ، لأن الأمين قد اعترف باليد للقاضى فصار كالمودع والمودع^(٦) ، إن القول قول المودع بأن الوديعة لزيد^(٧) لإقراره باليد^(٨) ويجب^(٩) على المودع رد الوديعة إلى المودع المقر بها لزيد لإقراره باليد ، فكذلك هذا . قال : { وإن بدأ الذى فى يديه المال فقال : المال الذى فى يدي فلان دفعه إلى القاضى فلان ، وقال القاضى : بل هو فلان — لإنسان آخر — فإن الذى فى يديه المال يدفعه إلى الذى أقر به^(١٠) ويغرمه مثل ذلك الذى^(١١) أقر له به القاضى { .

56 قال الشيخ^(١) أبو بكر أحمد بن على الرازى : وهذا قول محمد ، وعند^(٢) أبى يوسف لا يبغي أن يضمن الأمين لمن أقر له به القاضى ، كما قال فى الوديعة إن المودع إذا أقر بوديعة لزيد ثم قال : // [ف ١٤ ب] هى لعمرى ،^(٣) لم يضمن لعمرى شيئاً . وفى قول محمد : يضمن . أما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن الإنسان^(٤) لا يضمن بإقراره فى مال الغير وإنما يضمن بالتسليم بدلالة أنه لو أقر بأن هذا العبد الذى فى يدي زيد لعمرى لم يضمن شيئاً ، ولو أخذه وسلمه إليه ضمن . فدل على أن الإنسان لا يضمن بإقراره فى مال الغير وإنما يضمن بالتسليم . فإذا كان كذلك قلنا فى مسألة الوديعة : إن المودع لم يستهلك على عمرو شيئاً بإقراره بدء^(٥) بالوديعة لزيد لأنه لم يسلمها^(٦) ،^(٧) فإذا أخذت الوديعة من يده بقضاء قاض ، شاء المودع أم أبى لم يلزمه شيء لأنه لم يسلمها إليه^(٨)

(٦) ل : قول المودع .

(٨) ف : ويجرى .

(٧) ساقط من ف .

(١٠) ف : ويغرم مثل ذلك الذى .

(٩) ساقط من ف .

56 (١) ف . رحمه الله : وهذا قول محمد ، وأما على قول .

(٣) ل ، ف : مدلاً . ج : بدء .

(٧) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ف .

(٤) ف : يسلمها إليه .

وإنما أخذت من يده بغير فعله . فذلك^(٦) لم يضم لعمر و شيئاً . وأما محمد فإنه يقول : لما كان أخذ القاضي الوديعة إنما وجب بقوله ، صار هو المستهلك لها كالتأصّب إذا أقر بالنصب لزيد ثم قال : هو لعمر و ، يضمّن // [ل ١٥ أ] لعمر و مثلها^(٧) . ويسلم الغصب إلى زيد . كذلك هذا . والجواب^(٨) عن هذا^(٩) لأبي يوسف أن التأصّب لما أقر بالنصب لزيد فقد اعترف بضمان العين قبل^(١٠) إقراره لعمر و . ألا ترى أنه لو اقتصر على هذا ولم يقر لعمر و فهلك الغصب^(١١) من غير فعله^(١٢) ضمن لزيد ؟ فكذلك إذا أقر لعمر و بالغصب^(١٣) فإنه يضمّن لأن الإقرار بالنصب من غير فعله^(١٤) أوجب ضمان العين له قبل الأخذ من يده ، فإذا أخذ من يده لم يسقط عنه الضمان . وليس كذلك الوديعة لأن الإقرار بها لا يوجب ضماناً ، بدلالة أنه لو اقتصر على إقراره بها للأول فهلك^(١٥) لم يضمّن^(١٦) فكذلك إقراره بها للثاني لا يوجب عليه ضماناً . فإذا استحققت من يده بغير فعله لم يلزمه شيء . وأيضاً فإن الغصب عندهم يكون معتموناً على التأصّب بالقيمة متى ما عجز عن رد العين . فإقراره بالغصب قد انتظم معنيين ، أحدهما كون^(١٧) العين ملكاً للمقر له ، والثاني ضمان قيمته عليه^(١٨) عند عجزه^(١٩) عن رد العين^(٢٠) . فإذا عجز عن رد العين لزمه المعنى الآخر وهو ضمان القيمة .^(٢١) وليس هذا كالوديعة لأن الإقرار بالوديعة لا يوجب ضمان القيمة^(٢٢) ولا ينتظم اللفظ غير^(٢٣) كونها ملكاً للمقر له . فإذا استحق الملك عليه^(٢٤) لم يلزمه شيء للمقر له ، كرجل أقر بمال لإنسان^(٢٥)

- | | |
|------------------------|--------------------|
| (٦) ف : كذلك . | (٧) ساقط من ف . |
| (٨) ساقط من ل . | (٩) ل : ولد . |
| (١٠) ل : فقبل . | (١١) ساقط من ف . |
| (١٢) ساقط من ف . | (١٣) ل : حتى هلك . |
| (١٤) ف : يضمّن شيئاً . | (١٥) ل : يكون . |
| (١٦) ساقط من ف . | (١٧) ساقط من ل . |
| (١٨) ساقط من ف . | (١٩) ل : هل . |
| (٢٠) ل : عليك . | (٢١) ف : لإنسان . |

ثم استحق عليه بيعة فلا^(٢٢) يلزمه للمقر له شيء . فكذلك هذا .^(٢٣) وللمحمد أيضاً أن إقراره بها لغيره تضييع منه فصار بمنزلة تضييعه للحفظ مثل أن يتركها في الطريق^(٢٤) .

57 قال : { وإن قال القاضى : على يدى فلان عشرة آلاف^(١) درهم أصابه فلان اليتيم من تركه والده^(٢) فلان ، وصدقه بذلك الذى فى يده المال فإن لم يدع أحد من الورثة هذا المال فهو لليتيم المقر له به ، وإن ادعى سائر الورثة^(٣) أن المال مال والد^(٤) وأنهم لم يأخذوا حقهم^(٥) فهو ميراث بينهم جميعاً ، لأن^(٥) القاضى والأمين قد تصادقا^(٦) على أن المال^(٦) لليت وأنه وصل إلى اليتيم من جهته ، والظاهر أنه مال اليتيم ، لحكمه أن يكون بين الورثة على فرائض الله تعالى // [ف ١٥ أ] فلا يصدق القاضى ولا أمينه على^(٧) صرف الحكم^(٧) على الظاهر ، كرجل فى يده شيء فقال : هو لفلان وكسبه من فلان كان المال للمقر له ولا تصح الهبة إلا بقوله . كذلك هذا . وكذلك الحكم فى الضياع والعقار والعروض // [له ١ ب] ، إلا أن القاضى يلغى له^(٨) أن يحناط لليتيم ويحلف سائر الورثة على ما يجب عليهم .

58 قال : فإن كان مال بصلك على رجل وكان القاضى قد بين سبب

(٢٢) ف : لم . (٢٣) ساقط من ف .

57 (١) ل ، ف : ألف . (٢) ف : أبيه .

(٣) ل : وقالوا المال مال والدنا . (٤) ف : حصتهم .

(٥) ف : من قبل أن . (٦) ف : بالمال .

(٧) ل : صرو الحكم . (٨) ساقط من ف .

58 (١) من هنا إلى آخر الفقرة مختصر جداً ق ل . وهو كما على : فإن كان الأول قد بين سبب المال وكتب سكا وأشهد فيه أنه لفلان اليتيم أصابه من تركه والده فهو لليتيم فى جميع الأحوال لأنه لم يقر به لنفسه اليتيم ، واليتيم فى يده ، فالقول قوله فيمن أقر له ، كصاحب اليد إذا أقر بما فى يده لا يسلان كان القول قوله . كذلك هذا إلا أن يبلغ اليتيم فيه لهم بشيء . والله أعلم .

المال وأشهد في الصك أنه لفلان اليتيم أصابه من تركه والده فلان، وأن سائر ورثة والده قد استوفوا حصصهم، كان هذا مال اليتيم دون الورثة { لأن القاضي إنما أشهد على ذلك وكتب به الصك بعد أن حكم به لليتيم، فلا يجوز أن يفسخ الحكم ويجعل المال لليتيم وسائر الورثة. قال: { وإن كان القاضي أشهد أن هذا المال لفلان اليتيم، ولم يقل: من تركه والده، فهو لليتيم {، لأنه لم يقر أنه لغير اليتيم، والشيء في يده، فالقول قوله فيمن أقر له به. ^(٢) كصاحب اليد إذا أقر بما في يده لإنسان كان القول قوله ^(٣). كذلك هذا مثله، إلا أن يبلغ اليتيم فأقر لهم بشيء قبيل ذلك ^(٤).

59. باب العمل في الضياع والوقوف والمستغلات والدور التي في أيدي الأماناء

الأصل في هذا الباب ^(١) أن القاضي المعزول إذا أقر بأصل الوقف ^(٢) أنه كان لفلان الميت أوقفه، فإنه لا يُصدق هو ولا الأمين على الورثة، ويكون الوقف ميراثاً للورثة على فرائض الله تعالى، إلا أن يقيم صاحب الوقف البيئة على دعواه أو ينسكل ^(٣) الورثة عن البيمين فيلزمهم حكم نكولهم عن البيمين ويُسلم ^(٤) الوقف إلى صاحبه. وإن لم يقر بأصل الوقف أنه كان ملكاً لفلان ولكنه قال: هو وقف على كذا وكذا وهو في يدي فلان، وصدقه فلان، فإن ^(٥) القاضي المولى ينفذ هذا الوقف ولا يلتفت إلى قول غيره، لأن ^(٦) القاضي إذا أقر

(١) انظر ملاحظة (١)

(٢) سابقاً من ف

(٣) ج: الوقوف

59 (١) سابقاً من ف

(٢) ف: نكل

(٣) ف: من البيمين للورثة فيلزمه حيثما حكم نكولهم من البيمين وسلم

(٤) ف: وقفه أن

(٥) سابقاً من ل

بأصل المال لفلان ^(٧) الميت فقد ثبت ملكه للميت . فقوله أنه وقفه ^(٨) على فلان غير مقبول على الميت ، فلا يلتفت ^(٩) إلى قوله . فكذلك حكم قول أميته . وأما إذا لم يقر بأصل المال لواقف ^(١٠) ولم يفسر شيئاً بل ^(١١) قال : هو وقف على فلان ، فإنه يُصدق ، لأن الشيء في يده إذا كان ^(١٢) الأمين صدقه في أنه وصل إليه من جهته ، ^(١٣) فيصدق لأن قول الإنسان مقبول على ما في يده ^(١٤) .

60. قال : { ويلبى للقاضى المولى أن لا } ^(١) يسأل المعزول عن التفسير لأنه إن يسأله عن التفسير // [ف ١٥ ب] لم يأمن أن يحدد الورثة أنه وقف فيكون في ذلك لإبطال حق الواقف ^(٢) ، ولكنه يقتصر على قوله : إن هذه الصيغة وقف على كذا وكذا . فإذا أقر بذلك أفذ الحكم ^(٣) على ما أقر به .

70. باب ما يجب على القاضى من محاسبة أمناه على ما في أيديهم من الأموال

قال " الخصاف رحمه الله " : { ويلبى للقاضى أن يحاسب الأمناء على ما جرى // [ل ١٦ أ] على ^(١) أيديهم من أموال اليتامى ومن أئمان ^(٢) غلاتهم . فمن كان ^(٣) فيهم من أقامه ^(٤) القاضى مقام الوصى على اليتيم قبيل القاضى قوله

-
- | | |
|--|----------------------|
| (٧) ساقط من ف . | (٨) ف : وقف . |
| (٩) ف : إليه . | (١٠) ف : الموقف . |
| (١١) ف : إلا أنه . | (١٢) ساقط من ل . |
| (١٣) ف : وقول الانسان مقبول على ما في يده ، لذلك صدق . | |
| 60 (١) ساقط من ف . | (٢) ف : الموقف . |
| (٣) ل : الحاكم . | |
| 70 (١) ساقط من ل . | (٢) ف : ف . |
| (٣) ج : أقامه . وفي ل : هذا . | (٤) ف : منهم أقامه . |

فيا يقبل فيه قول الوصى { . وأما محاسبة الأمانة فإن فيه حظاً^(٥) لأموال
اليتامى واحتياطاً^(٦) لهم . والقاضى منصوب لإيصال ذوى الحقوق إلى
حقوقهم . فلذلك وجب عليه^(٧) أن يحاسبهم^(٨) . وأما قول الأمين الذى أقامه
مقام الوصى فإنما يقبل قوله^(٩) فيا يقبل فيه قول الوصى لأن وصى القاضى
يقوم مقام وصى^(١٠) الميت . ألا ترى أن وصى الميت إذا لم يكن أميناً^(١١) كان
للقاضى^(١٢) أن يعزله ويقيم غيره مقامه ؟ لأن عليه حفظ مال اليتيم ، فصار
مثل الأب . وكذلك وصية مثل وصى الأب ، فيقبل قوله كما يقبل قول وصى
الأب .^(١٣) والمعنى فيهما جميعاً كونهما أمينين فيا يتصرفان من الأموال^(١٤) .
والأمين يصدق فيا يلزمه^(١٥) من الضمان من جهة الوصية ، وإن لم يصدق فيا
يلزم غيره^(١٦) من الضمان . ألا ترى أن المودع مصدق في براءة نفسه من ضمان
الوديعة ، وإن لم يصدق على المودع فى أن^(١٧) الوديعة لغيره ؟ فكذلك
مستلثنا .

71 قال : { ومن جعله "قبياً على ضيعة" اليتيم "وقايضاً لأمواله ، يبيع
الغلات ويصرف الضيعة وينفق على اليتيم فى كل شهر كذا"^(١) وكذا ، فإن^(٢) هذا
يلبى له أن يقبل قوله فيا اتفق على عمادة الضيعة ، إذا ادعى ما ينفق على مثلها
فى تلك المدة { "من قبل"^(٣) أنه أمين فى الصرف^(٤) على مثل ما يتناهب الناس
فى مثله^(٥) احتياطاً لمال اليتيم ، فيصدق فى ذلك فإذا ادعى أكثر مما يتناهب

- | | |
|-----------------------|------------------------------|
| (٥) ل : حفظ . | (٦) ف : والاحتياط . |
| (٧) ف : المحاسبة . | (٨) ساقط من ف . |
| (٩) ساقط من ف . | (١٠) ف : للقاضى . |
| (١١) ساقط من ل . | (١٢) ف : يلحقه . |
| (١٣) ل : من غيره . | (١٤) ف : فان . وفى ج . بأن . |
| 71 (١) ف : فيا صنمه . | (١٥) ساقط من ل . |
| (٢) ف : كان . | (١٦) ف : وذلك . |
| (٣) ل : بالتصرف . | (١٧) ساقط من ل . |

الناس فيه وادعى نفقة أكثر مما ينفق في تلك المدة لم يلزم الصبي منه شيء^(٧) ويلزم الوصي كالوكيل^(٨) بالشراء إذا اشترى شيئاً^(٩) بأكثر مما يتخاين الناس فيه لم يلزم الموكل الشراء ويلزم الوكيل لأنه مخالف . كذلك هذا .

72 . قال { ويقبل قوله في آثان الغلات فيما^(١) صار في يده من الغلات { لأنه أمين . قال : { فإن اتهم أحداً في شيء من ذلك استخلفه } . أما إذا لم يتهمه فلا يلغى أن يستخلفهم لأن النفقة والعمارة وغير ذلك من الأمور التي جعلت إليه حكمها ظاهر ، ولم // [ف ١٦ أ] تبين^(٢) لنا مخالفته فيها ، فالقول قوله بتغير يمين ، كالأب والوصي^(٣) لا يحلفان على التصرف في مال الصبي . كذلك مسئلتنا . ولا يشبه // [ل ١٦ أ ب] هذا المودع إذا ادعى هلاك الوديعة ، لأن الظاهر هناك لا يوجب هلاك الوديعة ، وإنما يرجع إلى قوله في ذلك . فلا بد من^(٤) أن يحلف على دعوى المودع أيضاً ، فإن اليمين هناك^(٥) لم يجب لبراءة المودع من ضمان الوديعة وإنما يجب لقطع الخصومة . وهذا المعنى^(٦) خير موجود في مسئلتنا . وأما إذا اتهمهم^(٧) فإنما يحلفهم لأن فيه حفظ مال الصبي^(٨) لأنه يرتدع عما يريد أن يفعله مما فيه ضرر على الصبي ، فرمما ينكل عن اليمين فيلزمه شيء للصبي^(٩) ،^(١٠) فله أن يحتاط^(١١) .

73 قال : { "فإن كان للإنسان منهم رزق وادعى أن القاضى المعزول أجراه له" ، لم يقبل ذلك إلا ببينة { ، لأن قول الأمين غير مقبول على غيره ،

(٨) ف : والوكيل .

(٧) ف : شيئاً .

(٩) ساقط من ف .

72 (١) ف : وفيها .

(٢) ف : يتبين .

(٣) ف : والقاضى .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ف : هناك أيضاً .

(٦) ل : اتهم .

(٧) ساقط من ج .

(٨) ساقط من ل .

(٩) ساقط من ف .

73 (١) ف : وإن كان لأحد منهم دار وادعى القاضى المعزول أجرتها .

كما لا يصدق المودع في دفع الوديعة إلى غيره إذا أراد تضمينه ، وكما لا يصدق الوكيل في استحقاق الثمن على الموكل إذا قال : قد اشترت العبد الموكل ^(٢) بشرائه وقبضه ، وهلك عندي ، ولم يكن قبض الثمن من الموكل . كذلك هاهنا . قال : { فإن أقام بينة ^(٣) على [إجراله] ^(٤) القاضى المزعول هذه النفقة قبلت بينته } كما تقبل بينة المودع والوكيل على ما يدعيانه من الضمان .

74 قال : { فإن كان للأمناء بينة على أن القاضى المزعول أقامهم في ذلك وجعلهم أمناء فيه ، فلما صار هذا القاضى المولى إليهم حضروا ^(١) ، فقال كل واحد منهم : في يدى كذا وكذا لهذا ^(٢) اليتيم ، أو قال : في يدى كذا وكذا ^(٣) الوقف على كذا وكذا ^(٤) ، وقد صار في يدى ^(٥) من غلاتها كذا وكذا ^(٦) وأسفقت في عمارة الضيعة كذا وكذا ودفعت منه ^(٧) في الوجوه المسبلة كذا وكذا ، لم يقبل القاضى قوله فيما أنفق وفيما باع ^(٨) من الغلات ، وألزمه ما أخرج من يده من ذلك لليتيم ^(٩) أو الوقف ، إلا أن يقيم بينة على إقامة القاضى إياه مقام الأمين . فإن أقام بينة على ذلك { ، بنى على ^(١٠) ما يدعى من التصرف فيها ^(١١) } قبل قوله ^(١٢) { أما الفصل الأول ^(١٣) فإنما لم يقبل قوله لأنه إنما أقام بينة على أنه أقامه في ذلك وجعله أميناً فيه وليس في هذا ^(١٤) دلالة على جواز التصرف لأن القيم أو الأمين إنما يكون في الحفظ دون التصرف ، فلا يقبل قوله في التصرف فيه ، ويكون ضامناً لما تصرف فيه ، كالمودع // [ل ١٧ أ] إذا تصرف في

(٢) ف : به وقبضه . (٢) ف : البينة .

(٤) ل : الأصل : أخذ .

74 (١) ف : حضروه .

(٢) ل : هذا .

(٣) ساقط من ف .

(٤) ل : يدى كذا .

(٥) هنا صاعد سطر كامل في ف ، ج هم بعض الاضطراب .

(٦) ساقط من ف .

(٧) مزيد هنا في ل : على إقامة القاضى إياه .

(٨) ل ، ف : اليتيم .

(٩) ساقط من ف .

(١٠) ل : ذلك منه .

(١١) ل : فقد أقام على أنه أمين فلا يكون في هذا .

الوديعة ضمن^(١٧) وأما إذا أقام بينة على جعل القاضى إياه^(١٨) أميناً فى التصرف، فإنه يقبل قوله كما يقبل قول الوصى والوكيل أيضاً . فإن تصرف الإنسان فى ملك الغير يوجب^(١٩) الضمان إلا أن // [ف ١٦ ب] يكون هناك إذن^(٢٠) يسقطه^(٢١)، فالأمين^(٢٢) لما أقر التصرف فى الفضل الأول^(٢٣) فقد لزمه^(٢٤) الضمان، وادعى برأته بقوله إنه أمين، فلا يصدق على^(٢٥) برأته نفسه^(٢٦). فإن أقام البينة على كونه أميناً فى ذلك برى كما يبرأ الوكيل إذا أثبت الوكالة فيما تصرف فيه من مال الموكل.

75 قال : { وإن قال كل واحد منهم : هذه الضيعة فى يدى لهذا اليتيم وصار فى يدى من غلتها كذا وكذا^(٢٧) أو قال : هذه الضيعة^(٢٨) فى يدى وقف على كذا وكذا، صار فى يدى من غلتها كذا وكذا^(٢٩)، ولم يقل : بعت، ولا : أنفقت شيئاً، فالقول قوله فيما أقر به من ذلك }، لأنه لم يقر بشيء يوجب عليه الضمان، إذا لم يعترف بالتصرف^(٣٠) فيه من بيع ولا غيره . إلا أن للقاضى أن يحلفه على ما حصل فى يده من الغلات إذا اتهمه، كما قلنا فى النفقة . قال : { فإن قال القاضى : لا أقبل منكم الجبل إلا أن^(٣١) ترفعوا إلى حساب ماجرى على أيديكم^(٣٢) منه ببينة^(٣٣) وما علمتم^(٣٤) فى ذلك، فقال بعضهم : إن القاضى الأول

- | | |
|-------------------|--------------------|
| (١٢) ف : يضمن . | (١٣) ل : أيام . |
| (١٤) ف : فوجب . | (١٥) ف : إذا . |
| (١٦) ل : يسقط . | (١٧) ف : كالأمين . |
| (١٨) ف : فيلزمه . | (١٩) ف : برأته . |
| (٢٠) ف : وكالته . | |

- | | |
|---------------------------------|-----------------|
| 75 (١) ساقط من ف . | (٢) ساقط من ج . |
| (٣) ساقط من ف . | (٤) ساقط من ف . |
| (٥) ل : منه سنة . ف : سنة سنة . | |
| (٦) ساقط من ل . | |

فدكان حاسبنا على ماجرى على أيدينا إلى وقت كذا وكذا ، وأبرأنا ،^(٧) وأتى على ذلك بيينة^(٨) قبل ذلك هذا القاضى^(٩) وأخذ بحساب ماجرى على يده بعد ذلك الوقت الذى^(١٠) أبرأ فيه^(١١) القاضى { ، لأن أمر القاضى^(١٢) الأول كان جائزاً عليهم فى حال قضائه ، فإذا^(١٣) أتى الثانى بيينة^(١٤) أقامها على أن القاضى الأول حاسبه فقد برى^(١٥) من دعوى^(١٦) المدعى^(١٧) لأنه بمنزلة أن يحكم الأول أنه ليس للبدعى عليه شيء^(١٨).

76 قال : وإن قالوا للقاضى : ليست لنا بينات على إقامة القاضى إيانا^(١٩) بذلك ولا المحاسبة فيما بيننا ونحن^(٢٠) أمنافيا فى أيدينا ، ونخاف^(٢١) أن نقر عندك بشء تلزمناه ولا تقبل قولنا فيه^(٢٢) ، والذى فى أيدينا كذا وكذا ، فإنه ينبغي للقاضى ألا يحملهم على الإقرار وينظر فى هذا بما^(٢٣) هو الأصح . فن كان^(٢٤) فيهم معروفاً^(٢٥) بالأمانة والدين^(٢٦) والستر والصلاح^(٢٧) فإنه يقبل ذلك منه جملة^(٢٨) واستحلفه إن أراد استحلفه أنه ليس فى يده إلا ما أقر به^(٢٩) ولا أتلف منه شيئاً^(٣٠) ولا وضعه فى غير وجهه^(٣١) [ل ١٧ ب] ومن كان منهم غير مأمون وتوهم عليه الإدغال^(٣٢) فإنه يسأل^(٣٣) عن تفسير ماجرى على يديه { ، وذلك لأنه^(٣٤) إذا كان غير متهم فلا احتياط فى التوقف عنه وأن يترك على الإجمال دون التفسير^(٣٥) لأنه لو فسر لم يأمن دعوى الوارث

(٧) ف : ولنا بذلك بيينة .

(٨) ل : أراد .

(٩) ج : هذا .

(١٠) ف : بين لثانى بيينة .

(١١) ساقط من ف .

(١٢) ساقط من ف .

(١٣) ساقط من ل .

(١٤) ف : ونحن نخاف .

(١٥) ف : وكذا .

(١٦) ف : ما .

(١٧) ف : أقوالنا .

(١٨) ساقط من ف .

(١٩) ف : منهم معروف .

(٢٠) ساقط من ف .

(٢١) ف : قبل منه الجملة .

(٢٢) ف : فأله .

(٢٣) ما بين قوسين حاشية ل . ف ، ج فالاحتياط فى الوقف ان يكون على

الإجمال دون التفسير .

فلا يمكن إثباته للبوق^(١١) عليه . وقد^(١٢) علمنا من حاله أنه لا يعمل فيه غير المستوى^(١٣) . وأما إذا اتهمه فله أن يستفسره لكي لا يكون قد أتلف منه شيئاً^(١٤) أو وضعه في غير موضعه فيستفسر شيئاً شيئاً ويحلفه على ذلك حتى يأخذ فيه بالاحتياط^(١٥) .

77 قال الشيخ^(١) : والقياس في هذا أن^(٢) يكون الأمر فيهم سواء^(٣) ، وأن يكون القول قولهم فيما أقروا به من ذلك ، وعليهم الأيمان . ولا يؤخذون بأكثر منه . وليس عليهم أن يرفعوا حساباً^(٤) [ف ١٧ أ] ماجرى على أيديهم^(٥) إذا قالوا : ما في أيدينا إلا هذا الذي أخبرناك به^(٦) لأنهم أمناه فصاروا كالمودع إذا أقر بالوديعة لم يطلب منه تفسير الجملة التي^(٧) دخلت إليه منها^(٨) ، وأيضاً فإن كل من حصل في يده شيء للغير فالقول قوله فيه على أي وجه حصل في يده . كذلك هذا .

77 قال : { وحكم موت القاضى كحكم^(١) عزله ، يفعل بديوانه القاضى المولى كما بينا في حال العزل^(٢) } .

(١١) ل : الواقعة . (١٢) ساقط من ل .

(١٣) ف : لا يدخل في جملة ما أقر به وإذا استفسره شيئاً وحلف على ذلك إذا اتهم فقد أخذنا بالاحتياط .

77 (١) ساقط من ف لعل الشيخ المذكور هنا هو مدرس شرح الجصاص . انظر لقرة 50 .

(٢) ف : الأمر فيهم كلام واحد .

(٣) ف : وصل بها اليه .

(٤) ساقط من ل .

77a (١) ف : القاضى المولى بديوانه كما بينا في حال العزل .

78 باب ما ينبغي للقاضي أن يتعرف " من البلد " الذي وليه من العدول وأهل الثقة والأمانة

قال : { وينبغي للقاضي أن يتعرف " من بالبلد " الذي وليه من العدول وأهل الثقة والأمانة . فإن قدر أن يتعرف ذلك قبل أن يرد ^(٢) إليه فعل { لأنه ^(٣) إذا كان قد عرف ^(٣) حال القوم ^(٣) ومنازلهم قبل الدخول كان إذا ^(٤) دخل يرتب لكل واحد منهم مرتبة على ما يستحقه ^(٥) . وينزلهم ^(٦) منازلهم من غير أن يسأل أحدا ^(٧) عنهم ، فيكون ^(٧) أحسن من أن يسأل الناس عن حالهم وقت دخوله ^(٨) بين يدي الناس . فلذلك قال : ينبغي أن يتعرف حالهم ^(٩) قبل الدخول . قال : { فإن سمي له قوم ، فإنه إذا دخل الموضوع ^(١٠) بحث إلى رجل رجل ^(١١) منهم فقال له : من في هذا البلد من أهل الثقة والأمانة ؟ ويسأل بعضهم عن بعض { لأن في ذلك احتياط ^(١٢) لأموال الناس ^(١٣) . لكي لا يدخل في الشهود والأمانة من يقع عليه التهمة والريسة . قال : { ويثبت أسماء من يسمى له واسم كل رجل منهم . فإن سمي له أولئك الذين كانوا سموه قبل أن يدخل البلد سأله ^(١٤) أيضاً عن أصلح هؤلاء المتقدمين منهم فيعرفهم . ثم لا يزال يسأل بعضهم عن بعض واحداً واحداً

-
- | | |
|--------------------------------|-------------------------------------|
| 78 (١) ل : من البلد . | (٢) ف : البلد قبل ذلك ، من قبل أد . |
| (٣) ل : حالهم . | (٤) ل : ذلك . و ج : ذلك إذا . |
| (٥) ف : أصطفه . | (٦) ف : وينزلهم على . |
| (٧) ف : عن حالهم ، كان . | (٨) ف : الدخول . |
| (٩) ف : يتقدم المعرفة بحالهم . | (١١) سألهم عن ل . |
| (١٠) ف : البلد . | (١٢) ل : احتياط . |
| (١٣) ل : احتياط . | (١٤) ل : قوماً سألهم . |
| الناس وحقوقهم . | |

سراً حتى يجمعوا // [ل ١٨ أ] له ^(١٥) على قول ^(١٥) { لأنه يجوز أن يقف بعض الناس على سيرتهم وعلى عيوبهم وبعضهم لم يقف ^(١٦) . فإذا احتاط وسأل عامة معارفهم ^(١٧) كان أحوط قال : { فإن سموا له غير الذين كانوا عنده وعدلوا ووثقوا أثبت أسماء من سموه له عنده — يعني القوم الذين سموا للقاضي قبل دخول البلد — ويسألهم ^(١٨) عن حالهم ثانياً ويستثبت عدالتهم وأمانتهم ، ثم يسأل هؤلاء الذين قد أجمعوا للقاضي على ^(١٩) عدالتهم عن ^(٢٠) قوم من أهل المحال فيثبت أسماء من يسمى له من أهل المحال في كل محله ويتقصى معرفة ذلك بأكثر ما يمكنه ويحد إليه السبيل ^(٢١) لأن هذا أمر غامض لا يكاد يقف عليه إلا البعض ^(٢٢) . وإذا احتاج إلى المسئلة عن الشهود في المحال يسأل أولئك وغيرهم ، إن عرف ^(٢٣) أحد غيرهم بالصلاح ^(٢٤) .

79 // [ف ١٧ ب] باب القاضي يقضى في المسجد الجامع

روى هشام بن أبي هبيرة ، مولى لقريش ، قال : سمعت الحسن يحدث حديثاً : قال أثبت المدينة فدخلت ^(١) مسجد رسول الله يوم ^(٢) بالهاجرة ، فإذا أنا ببن عصفان قد كوم كومة من الحصى ووضع رداءه ثم اتكأ ، وإذا هو رجل ^(٣) حسن الوجه ^(٤) حسن اللحية ، وإذا بجبينه ^(٥) نكبات من أثر الجدري ، وإذا الشعر قد كسا ساعديه . قال : لجلده سقاء معه قرية يخاضع رجلاً قال :

(١٥) ل : قوم .

(١٦) ف : يقفوا عليه . ج : يتفقوا عليه .

(١٧) ف : يستفهم . ج : يتفهم .

(١٨) ساقط من ف .

(١٩) ل : عن .

(٢٠) ل : عن .

(٢١) ف : له أحد غيره .

(٢٢) ساقط من ف .

(٢٣) ف : ذات يوم .

79 (١) ساقط من ف .

(٢٤) ف : وجنتيه .

(٢) ساقط من ل .

لجل ينتظر فيما بينهما . ففي هذا دلالة على أن القاضى في سعة ^(٦) من تنفيذ^(٧) الحكم في المسجد الجامع . وقد روى عن الحسن أنه كان يقضى في المسجد — وكان قاضى البصرة من جهة عمر بن عبد العزيز . وروى عن الحسن وزرارة ابن أبى أوفى أنهما كانا يقضيان في الرحبة خارجا من المسجد . وروى عن يحيى ابن يعمر ^(٨) أنه كان يقعد في الطريق فيقضى . وعن شريح أنه كان يقضى في داره إذا كان يوم مطير . وعن الشعبي أنه كان يقضى في المسجد ^(٩) وعن محارب ابن دثار أنه كان يقضى في المسجد ^(١٠) ويخطب بالسواد . وعن شريح أنه كان يقضى في المسجد أيضا . فهذا ^(١١) يدل على ^(١٢) جواز القضاء في كل موضع يقدر على إنفاذ الحكم وقطع ^(١٣) الخصومة ، إلا أن الأفضل ^(١٤) عندنا أن يقضى في ^(١٥) الجامع ، ^(١٦) لأنه أسهل ^(١٧) المجالس وأرقه ^(١٨) بالناس وأحرى ألا يخفى على من أراد مجلس القاضى . وجلسه في مسجد حيه // [ل ١٨ ب] أو في بيته لا يضرم ^(١٩) روى من المتقدمين في الدين وقضائهم في مواضع مختلفة ^(٢٠) ، ^(٢١) إلا أن ^(٢٢) الأفضل ما ذكرنا ^(٢٣) لما بيناه ^(٢٤) .

80 قال : { وإذا دخل القاضى المسجد ^(١) فأحب إلى ^(٢) أن يبدأ فيصلى ركعتين أو أربعاً ، أى ذلك يسئل عليه ، وهذه تحية المسجد لا ^(٣) تختص بالقاضى ^(٤) دون غيره . ^(٥) قال أبو بكر : وروى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « تحية المسجد ركعتان ^(٦) » . إذا جاء أحدكم إلى المسجد فليصل ركعتين ^(٧) » ^(٨) .

-
- | | |
|--------------------------------|-------------------------|
| (٦) ف : مصر . | (٥) ف : هل أن ينفذ . |
| (٨) ساقط من ف . | (٧) ساقط من ف . |
| (١٠) ف : عند أسباطنا في مسجد . | (٩) ف : والاطلاع . |
| (١٢) كذا في الأصل ، والصواب : | (١١) ف : فانه أشهر . |
| (١٣) ساقط من ف . | وأرسلها . |
| (١٥) ساقط من ف . | (١٤) ف : وإن كان . |
| (٢) ف : ينص بها القاضى . | (١٦) ف : وأحب إليه . |
| (٤) قابل بخارى ، صلاة ، ٦٠ . | (٣) في الأصل : ركعتين . |
| | (٥) ساقط من ف . |

قال: { ثم يدعوا بعد صلاته أن يوفقه الله عز وجل ويسدده ^(٦) } للحق ويعصمه عن معاصيه . ثم يجلس للحكم ، فيستقبل القبلة بوجهه { ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أشرف المجالس ما أستقبل به القبلة ^(٧) } . قال : { ويكون الناس أمامه وبالبعد منه حيث لا يسمعون ما يدور بينه وبين من يتقدم إليه من الخصوم } ، لأن القوم إذا كانوا بالقرب من القاضي ^(٨) مع الخصوم لم ^(٩) يأمن عليهم تلقين الخصوم والشهود ، فإذا أبعدهم عن نفسه وعن الخصوم زال ذلك المعنى ^(١٠) ولأنهم إذا كانوا بالقرب من القاضي لم يأمن أن يشتغل غايره بكلامهم ومخاضتهم ^(١١) . قال : { ويضع القمطر ^(١٢) إلى جانبه عن يمينه ، ويكون القيم ^(١٣) بالقمطر قد أخرجه وجعله بين يديه من منزله إلى المجلس ^(١٤) . ويجلس كاتبه ناحية عنه // [ف ١٨ أ] حيث يراه . وإن أراد أن يجلس معه قوما ^(١٥) من أهل الثقة والأمانة أجلسهم قريباً منه { لأنه أحوط للناس ^(١٦) وأبعد للثمة ^(١٧) } . قال : { ويفتح القاضي ^(١٨) القمطر أو يفتح ^(١٩) قيمه عليه ^(٢٠) أو كاتبه من غير أن يدخل واحد منهما يده فيه { لئلا يراه فيه أو ينقص منه ^(٢١) } فإن فعل ذلك فلا بأس ^(٢٢) ، لأنها أمانة والثمة مرتفعة عنهما . قال : { ثم يخرج رقاع ذلك اليوم فيفتحها ويخلطها بين يديه حتى لا تتقدم رقعة على رقعة ، ثم يدعوا رقاع الشهود أولاً ^(٢٣) } يعني الأحكام التي يحتاج فيها إلى الشهادات ^(٢٤) .

-
- (٦) ساقط من ل .
 (٧) لم يرد ف ولينك .
 (٨) ف : والمحضوم ليس .
 (٩) ساقط من ل .
 (١٠) ف : بالقمطرة . . أخرجهما وحطها من يده إلى المجلس . ومزيد في ل هنا المسجد .
 (١١) ساقط من ف .
 (١٢) ف : القمطرة أو يفتحها .
 (١٣) ساقط من ف .
 (١٤) ف : فإن منحل واحد منها يده ذلك فلا بأس .
 (١٥) ل : ولا .
 (١٦) ف : الشهادة .
 (١٧) ساقط من ل .
 (١٨) ف : القمطر أو يفتحها .
 (١٩) ف : فإن منحل واحد منها يده ذلك فلا بأس .
 (٢٠) ل : ولا .
 (٢١) ف : الشهادة .
 (٢٢) ف : فإن منحل واحد منها يده ذلك فلا بأس .
 (٢٣) ل : ولا .
 (٢٤) ف : الشهادة .

81 قال : { وإذا تقدم إليه الخصمان سأل المدعى ، وهو صاحب الرقعة ، عن دعواه . فإذا ادعى شيئاً معلوماً مثل مال سماه من ورق أو عين^(١) ، أو شيئاً بما يكال^(٢) ، أو يوزن ، وسمى كل^(٣) ذلك ووصفه بجودة // [ل ١٩ أ] أو غير ذلك ، أقبل على المدعى عليه فسأله عما ادعى عليه خصمه } .

82 قال الشيخ^(١) : أما سؤال القاضى للمدعى فإنما يحتاج أن يستوصفه حتى يحصل المدعى معلوم المجلس والتنوع والصفة والمقدار ،^(٢) مثل أن يقول : ماهو ، حنطة أو شعير ؟ فإذا قال : حنطة ، يسأله عن النوع : من أى نوع هو ، أبيض أو أحمر ؟ فإذا قال : أبيض ، سأل عن الصفة : جيد أو ردى ؟ فإذا قال : جيد ، سأله عن المقدار : قفيراً أو قفيرين ؟ فإذا ذكر المقدار فقد حصل المدعى معلوماً^(٣) ، وإنما احتاج إلى ذلك لأن القضاء لا يصح على مجهول ، فلا بد من التفسير حتى يحصل المدعى معلوماً . وأما سؤاله المدعى عليه فإنه^(٤) يسأله عما ادعى عليه خصمه . فإن أقر له^(٥) بشئ أخذ جوامع إقراره فى رقعة ووضعها بين يديه وبعث بها^(٦) إلى الكاتب ليكتب^(٧) لإقراره . فإذا قرئ عليه محضره^(٨) قابل به الرقعة التى عنده فإذا اتفق ذلك وقع القاضى بخطه فى أسفل المحضر : قرئ هذا المحضر على^(٩) بمحضر^(١٠) من فلان بن فلان وفلان بن فلان ، وأقر فلان بن فلان عندى لفلان بن فلان بجميع^(١١) ما سئمت^(١٢) فى إقراره فى هذا الكتاب — إن كان القاضى يعرف المقر بالمقر والمقر له . فإن كان لا يعرفهما^(١٣) كتب . أقر عندى الرجل الذى ذكر أنه

(١) ساقط من ل

81 (١) ف : شهده

(٢) ف : كيل

82 (١) ساقط من ف

(٢) ساقط من ل

(٣) فإنما

(٤) ساقط من ل

(٥) ساقط من ف

(٦) ل : محضر

(٧) ف : بمحضرة

(٨) ف : يعرفهم

(٩) ساقط من ل

فلان بن فلان للرجل الذي^(١٠) ذكر أنه فلان بن فلان الذي حضر معه بجميع ما سمي من إقراره في هذا الكتاب . هذا^(١١) حكم إقرار المدعى عليه . وأما كتابة القاضي الرقعة^(١٢) أولاً على إقرار المدعى عليه فلأنه إذا كتب إقراره في الرقعة وأثبتته فيها كان أمكن لحقه^(١٣) ونفي الاختلاف^(١٤) عنه . فإذا كتب الرقعة بعث بالخصمين^(١٥) إلى الكاتب ليكتب عليهما^(١٦) المحضر بذلك لأن القاضي لا يتفرغ إلى كتابة المحضر لأنه يحتاج إلى أن يشتغل بسائر الناس فلا يترك القضاء وفصل الخصوم^(١٧) [ف ١٨ ب] ويشغل بالمحضر ، فهذا يبعث بهما إلى الكاتب^(١٨) ليكتب عليهما المحضر^(١٩) . وإنما لم يقتصر على الرقعة التي كتبها فقط^(٢٠) لأن الرقاع إنما يكتب فيها^(٢١) سماع القاضي لقول المدعين ولا يبين فيها الإشهاد وغير ذلك مما يحتاج إليه المحاضر .^(٢٢) فلا بد^(٢٣) من^(٢٤) بسط الكلام فيهما^(٢٥) والإشهاد عليهما بمحضر يكتب عليهما . فإذا جاء بالمحضر وقع القاضي^(٢٦) حينئذ على ما يتنا بعد التقابل بالرقعة ، لأنه ما لم يقابل بالرقعة لم يثبت حكم المحضر عند القاضي ، لأنه إذا كان مخالفاً للرقعة^(٢٧) فإنه يكون^(٢٨) إقرار غير ما وقع عند القاضي ، فلا يعمل عليه . وأما إذا وافق الرقعة صار هذا المكتوب في المحضر هو الذي سمع القاضي منه وأثبتته في الرقعة .^(٢٩) [ل ١٩ ب] فإذا ثبت ذلك عنده على هذا الوجه استفسرهم أيضاً فأقرهم عليه . فإذا ثبتوا عليه حينئذ وقع^(٣٠) عليه وكتب^(٣١) سماع نفسه . قرئ هذا

• (١١) ساقط من ل

• (١٣) ف : لحظه

• (١٥) ل : بالمضم

• (١٧) ساقط من ف

• (١٩) ساقط من ل

• (٢١) ف : أن يسقط السلام بينهما

• (٢٣) ف : فهذا

• (١٠) ساقط من ل

• (١٢) ف : الرقعة

• (١٤) ل : الاختلاف

• (١٦) ل : عليهما

• (١٨) ف : فيه

• (٢٠) ل : فلأنه

• (٢٢) ل : القضاء

• (٢٤) ف : فيه ويكتب

المحضر على^٢ بمحضر من فلان ابن فلان — على ما بينا وفائدة أخرى في كتابة القاضي الرقعة، وهي (٢٥) أن دعوى المدعى^(٢٦) يذبحى أن يكون موافقاً لشهادة شهوده، فإذا أثبت القاضي دعوى المدعى^(٢٧) في الرقعة سهل عليه أمره عند سماع البينة، وقابلها بدعوى المدعى : هل هو موافق لشهادة الشهود أم لا. فإذا لم يكتب^(٢٨) ذلك احتاج^(٢٩) إلى استئناف الدعوى^(٣٠) فيصعب عليه ذلك، ويكون إثبات دعواه في الرقعة ليكن انفاذ القضاء^(٣١).

83 قال : { فإن أنكر^(١) المدعى عليه^(٢) دعوى المدعى قبله^(٣) أقبل على المدعى فقال له : قد أنكر ما ادعيت . فإن قال : استخلفه لي على دعواي، سأله : ألاك بينة على دعواك هذه ؟ فإن قال : نعم ، وكان القاضي ممن يرى استحلاف المدعى عليه مع دعوى أن المدعى أن له بينة ، أحلفه^(٤) : بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة^(٥) الكبير المتعالي^(٦) ، ما فلان قبلك ولا عندك ولا عليك حق بما ادعى ولا أقل من ذلك بوجه من الوجوه ولا بسبب من الأسباب ؟ }

84 قال^(١) : وإنما قال^(٢) : استخلفه لي، قبل مطالبته بالبينة لأنه بنى المسئلة على أن القاضي يرى استحلاف المدعى عليه مع بينة المدعى . والثاني أن من

(٢٥) ف : وهو .

(٢٦) ساقط من ف . ويلاحظ أنه ذكر كلمة دعوى .

(٢٧) ف : يثبت . (٢٨) ف : يحتاج .

(٢٩) كذا في ف ، ج . أما في ل : قبله فذلك احتاج إلى أن يكتبه هو أولاً حتى

يشهد عليه الأمر .

(٢) ساقط من ل . (٣) ف : جحد .

(٤) ف : حلفه . (٥) ساقط من ف .

(٦) أي العالوق . (٧) ل : قال فلان .

منهجب أبي حنيفة أن المدعى إذا قال للقاضي : أحلف^(٢) المدعى عليه على دعواي ، وكانت له بيعة حاضرة ، لم يحلفه على ذلك . وعند أبي يوسف : يحلفه عليه . وسأقي وجه هذه المسئلة في موضعه . فإذا كان كذلك^(٣) قلنا أن القاضي إذا^(٤) طلب إليه^(٥) أن يستحلفه ، يسأله عن البيعة : هل له بيعة حاضرة فإن قال : لا ، استحلفه حيثئذ على دعواه : مالفلان هذا قبلك^(٦) ولا عندك^(٧) ولا عليك^(٨) ما ادعى^(٩) ولا أقل من ذلك ؟ ومعنى قبله ، أن يكون^(١٠) [ف ١٩ أ] عليه دين ، ومعنى عنده ، أن يكون عنده وديعة أو شركة فيجحد بها ، فلا بد من أن يحلفه على المعينين جميعاً . وأما قوله : ولا عليك^(١١) [ف ٢٠ أ] فهو في معنى قبله إلا أنه يعيد عليه التأكيد كما يؤكد عليه نفس اليمين فيقول^(١٢) : والله الذي لا إله إلا هو غالم الغيب والشهادة الكبير المتعال .^(١٣) لأن هذه صفات كلها^(١٤) وهو واحد ليس كمثل شيء . وأما قوله : ولا أقل من ذلك ، لأنه يجوز^(١٥) أن يتأول المدعى عليه في اليمين فيحلف على ما ادعاه المدعى ويكون الشيء المدعى دون ذلك ، فيكون بارأ في يمينه^(١٦) كأنه ادعى عليه ألف درهم ، وكان أصل المسال ألفاً إلا أنه قد أدى منه خمسين ، فالمدعى عليه إذا حلف بالله ما عليه أنف درهم كان بارأ في يمينه ، وإذا قال : ولا أقل من ذلك ، كان كاذباً . فلذلك يحلف على أصل المال وعلى أقل منه^(١٧) .

85 قال : { فإن قال المدعى : يبتى حاضرة فاسمع منهم ، دعاهم^(١) وقد حفظ القاضي دعوى المدعى ، فسمع من شهوده . فإن كانت^(٢) الشهادة موافقة

-
- (٣) ل : خلاف . (٤) ل : بذلك .
 (٥) ف : سأل المدعى . (٦) ساقط من ف .
 (٧) ف : حق . (٨) ف : بقوله .
 (٩) ف : وهذه كلها صفات البارئ عز وجل .
 (١٠) مكرر هنا ل : ما بين قوسين في ملاحظة (٩) .
 (١١) ساقط من ل .
 (١٢) ف : استدعاهم . (١٣) (٢) ساقط من ل .

للدعوى أخذ القاضى جوامع الشهادة فى رقعة تكون بين يديه ، وبعث بهم^(٣) إلى الكتاب فكتب محضرهم . فإذا قرىء عليه قابل به الرقعة التى عنده . فإذا وافقت الرقعة المحضر وقع بخطه . قرىء هذا المحضر على بمحضر من الشهود المسمين فيه وبمحضر من فلان بن فلان وفلان بن فلان ، وشهد هؤلاء الشهود المسمون فيه^(٤) عندى بجميع ماسمى ووصف من شهادتهم فى هذا الكتاب . وذلك بعد أن يسأل المدعى عند قراءة^(٥) المحضر : كذا ادعيت ، ويسأل الخصم عن إنكاره وإقراره إن^(٦) كان أقر ببعض وأنكر بعضاً^(٧) : كذا أقرت أو أنكرت . ويسأل الشهود : هكذا شهدتم . أما رقعة القاضى بشهادة الشهود ومحضر كاتبه فيما يقتضى سؤاله المدعى^(٨) والمدعى عليه . وأما مقابلته^(٩) لدعوى المدعى بالشهادة فلأن الشهادة إذا لم توافق دعوى المدعى لم تكن للدعى^(١٠) هذه الشهادة^(١١) وإنما تكون لغير خصم ، والشهادة غير مقبولة لغير^(١٢) خصم . فإذ ذلك ينبغى أن تكون الشهادة موافقة لدعوى المدعى . أما توقيع القاضى فلأن المحضر لم يكن فيه توقيع القاضى لم^(١٣) يتعلق به حكم . وأما إذا كان فيه توقيع فقد ثبت حكم سماع^(١٤) البيئة ، وإنما يحتاج إلى عدلتهم ، فإذا عدلوا أنفذ الحكم بذلك السماع المتقدم وأما تفسير^(١٥) المدعى والمدعى عليه والشهود عند المحضر فلأن كيد .

٨٨ قال : { ولا ينبغي للشاهد^(١) إذا جلس^(٢) بين يدى القاضى أن يبدأ القاضى } [ل ٢٠ ب] بما عنده من الشهادة حتى يقول القاضى : بم تشهد ؟

(٤) ف : فى هذا الكتاب .

(٦) ف : ولد .

(٨) ف : للمدعى .

(١٠) ساقط من ف .

(١٢) ف : لا .

(١٤) ف : تقدّر .

(٣) ل : بهما .

(٥) ل : إقراره .

(٧) ل : بعض .

(٩) ل : مقابلة .

(١١) ف : بغير .

(١٣) ف : بسماع .

وذلك لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم // [ف ١٩ ب] في وصف ثم
الناس في آخر الزمان بأن "يختلف الرجل قبل أن يستحلف ويشهد قبل أن
يستشهد" (١). فإذا أحضر الشاهدان سأله القاضي واحداً واحداً عن شهادته:
"بم تشهد؟" ويقف عليها ويتكلم بها. قال: { وإن قال أحد الشهود: أشهد
مثل (٣) شهادة صاحبي { هذا الشاهد الذي (٤) معه وقد شهد ذلك الشاهد (٥) عند
القاضي في ذلك المجلس، { أو كان (٦) فشهد جماعة منهم (٧) ووصف الشهادة
فقال الباقر تشهد على مثل (٨) شهادة هذا (٩)، لم يقبل ذلك القاضي حتى يتكلم
كل شاهد بشهادته، أو (١٠) تكون الشهادة على كتاب يقرأه بعضهم أو يقرأ
عليهم ثم يوقف القاضي واحداً واحداً منهم حتى يقول: أشهد أن فلان بن
فلان الفلاني هذا أقر عندى بجميع ما سمي ووصف في هذا الكتاب لفلان
ابن فلان الفلاني هذا الذي حضر وادعى ذلك. فإن كان الإقرار الذي في
الكتاب من المدعى والمدعى عليه وقهم القاضي حتى يقولوا: تشهد (١١) أن
فلان بن فلان هذا وفلان بن فلان هذا أقرأ عندنا (١٢) بجميع ما سمي
ووصف في هذا الكتاب على ما قرئ. ويوقف واحداً واحداً منهم على
ما وصفت لك {.

87 قال الشيخ "أبو بكر أحمد بن علي الرازي". وهذا محمول على رأي
القاضي إن كان عنده أن الشهود يقومون بلفظ الشهادة جاز له الاختصار على
سماع أحدهم وإقرار الباقيين على مثل شهادته، وإن غلب في رأيه أنهم لا يقومون

- | | |
|--------------------------|-------------------|
| (٢) ابن ماجه، أحكام، ٧٧. | (٣) ل: هل مثل ما. |
| (٤) ساقط من ف. | (٥) ساقط من ج. |
| (٦) ف: وكانوا. | (٧) ل: ومنهم. |
| (٨) ف: شهادته هذه. | (٩) ل: وتكون. |
| (١٠) ف: أشهد. | (١١) ف: عندى. |

بالشهادة فيبغى أن يستفسر من حتى يسمع من واحد واحد لئلا يكون في ذلك حمل^(٢) على المدعى عليه ومعوة للمدعى .

88 قال^(١) : { وإن كانت الشهادة على ميت حضر^(٢) وصيه أو وارثه ، أو على غائب حضر وكيله يخاضع المدعى ، فيبغى للقاضي أن يوقف كل واحد من الشهود على شهادته } . أما إحضار الوصى أو الوارث أو وكيل الغائب فمن قبل أن الشهادة عندهم لا تسمع إلا على خصم^(٣) . والذي قام مقام الميت وصيته إن كان له وصى ، ووارثه إن لم يكن له وصى^(٤) ، فلا بد من إحضار من قام مقامه // [ل ٢١ أ] حتى تقع^(٥) الشهادة عليه . وكذلك الغائب يقوم مقامه وكيله ، فيسمع الشهادة على وكيله^(٦) .

89 قال^(١) الخصاص رحمه الله : { فإن شهدوا على الميت أو الغائب فسوموه ونسبوه إلى أبيه فقط لم يقبل القاضي ذلك حتى ينسبوه إلى جده أو إلى قبيلته أو صناعته أو إلى شيء يعرف به { لأن الغرض^(٢) في ذلك^(٣) معرفة المشهود له والمشهود عليه من غيره ، واتفاق الاسمين قد يقع كثيراً^(٤) لأن محمد ابن عبد الله يجوز أن يكون في بلد واحد جماعة ، وإذا نسبته إلى جده فقد ميزه^(٥) لأن محمد بن عبد الله بن زيد قل ما يتفق في قبيلة واحدة أو في^(٦) بلد واحد^(٧) فإن لم يتميز بهذا أيضا ، نسبته إلى // [ف ٢٠ أ] اسم^(٨) أشهر من هذا

(٢) ف : حلا .

88 (١) ساقط من ف . (٢) ل : أحضر .

(٣) فإذا كان الرجل ميتاً أو غائباً .

(٤) ل : لا تسمع . (٥) ساقط من ل .

89 (١) ساقط من ل . (٢) ف : من هذا .

(٣) ساقط من ل . (٤) ف : بلدة واحدة .

(٥) ف : شيء .

أو إلى الحرفة فيقول : محمد بن عبد الله بن زيد الطائي ^(٦) أو الهاشمي ،
أو ^(٧) ينسبه إلى الحرفة ^(٧) فيقول : الصائغ أو الخياط ونحو ذلك حتى
يتميز به من غيره فلا تقع الشهادة على مجهول .

٩٥ قال : { وإن ادعى المدعى ^(١) داراً في يدي المدعى عليه فإنه ينبغي
للقاضي أن يقبل على المدعى ويقول له : سم البلد الذي فيه هذه الدار وموضعها
من البلد وحدودها . ثم يسأل المدعى عليه بعد ذلك عن الدعوى ، وذلك لما
بيننا أن القاضي لا بد له من سؤال المدعى عن الشيء المدعى وعن ^(٥) صنعته
لتحصل الدعوى في شيء ^(٣) معلوم غير مجهول ، لأن القضاء غير جائز على
مجهول ، والقاضي لا يصل ^(٤) هاهنا إلى معرفة المدعى إلا بالصفة لأنه لا يمكن
حملة إليه ^(٦) وكذلك الصياع والأرضين ^(٥) على هذا ^(٦) قال : { فإن ادعى المدعى
عبداً في يدي المدعى عليه وأحضره ذلك ^(٧) مجلس القاضي يسأل ^(٨) المدعى
عابه عن دعوى المدعى ^(٨) كذلك . وكذلك الثوب وغير ذلك من العروض ،
لأن المدعى هاهنا يمكن ^(٩) حمله . فإذا أحضر مجلس القاضي حصلت ^(١٠)
الدعوى معلومة ^(١١) ، فعلى القاضي أن يسأل حيثئذ المدعى عابه عن دعوى
المدعى . وأما قبل إحضار المدعى ^(١٢) فإنه لا يلزم ^(١٣) سؤال المدعى عابه ، لأن
معرفة هذه الأشياء ^(١٣) التي ذكرنا إذا كانت قائمة بأعيانها غير مستهلكة ^(١٤)
لا تكون بالصفة والدلالة وإنما تكون بالنظر إليها ، فلا بد من إحضار الشيء .

-
- | | |
|---|------------------------------------|
| (٦) ل : السابق . | (٧) ساقط من ل . |
| ٩٥ (١) ساقط من ل . | (٢) ف : فيه . |
| (٣) ل : عن . | (٤) ف : سبيل له . |
| (٥) هكذا في الأصل ، والصواب : الأرضون . | (٦) ساقط من ف . |
| (٦) ساقط من ف . | (٧) ساقط من ف . |
| (٨) ساقط من ل . | (٩) ف : ما يمكن . وكلمة « ما » هنا |
| موسولية . | (١٠) ف : حصل . |
| (١١) ف : في معلوم . | (١٢) ف : لم يلزمه . |
| (١٣) ساقط من ف . | |

المدعى . وليس هذا كالضياع والعقار^(١) وما فى معناهما^(٢) لأن ذلك لا^(٣) يقدر على // [ل ٢١ ب] جملة إلى مجلس القاضى ، فلا بد من الاختصار على الصفة .

91 قال : { وإذا ادعى شيئاً من ذلك وليس بحاضر معه سأل القاضى المدعى عن ذلك وعن جلسه وعن قيمته ، كم هى ، ثم يسأل المدعى عليه بعد ذلك } .

قال الشيخ : وهذا محمول على أن الشيء المدعى هالك ، وادعى المدعى قيمته على المدعى عليه فيكون الأمر على ما قال الخصاف^(١) لتحصل الدعوى فى معلوم . وأما إذا لم يكن هالك^(٢) فإن القاضى يأمر المدعى عليه بإحضاره^(٣) إن كان يمكنه إحضاره^(٤) ليقع القضاء عليه إذ كان القضاء لا يجوز على غائب^(٥) وبأن عن القاضى^(٦) .

92 قال : ولا ينبغي للقاضى أن يجلس للقضاء^(١) وهو غضبان ولا ضجر ولا جامع ولا كظ^(٢) من الطعام ، أى ممتلئ . ويكون جلوسه عند اعتدال أمره ، ويجعل سمعه وفهمه وقلبه إلى الخصوم } ، لأن^(٣) الضجر والجوع والامتلاء من الطعام مما يشغل الخاطر والفهم عن القضاء . { ولا ينبغي للقاضى أن يقضى بين اثنين وخاطره مشغول بغيرهما } لأنه لا يؤمن عليه العدول عن الحق . والأصل فى هذا كله ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال

(١٤) ساقط من ف . (١٥) ساقط من ل .

91 (١) فى ج لفظ .

(٢) كذا فى ب و ج . وفى ل : هفاله . والصواب هالك .

(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ل .

92 (١) ساقط من ف . (٢) ف : كظه : ل : غطيط .

(٣) ب : وذلك لأن .

ولا يقضى القاضى ^(٤) بين // [ف ٢٠ ب] اثنين ^(٥) وهو غضبان ^(٥) . ^(٦) وعن شريح أنه كان إذا غضب ترك القضاء وقام . وعن عس بن عبد العزيز أنه قال لميمون بن مهران حين ولّاه القضاء : لا تقض على غضب ولا ضجر وليكن من رأيك الحكم ^(٧) عن الخصوم واعلم أنه لا خير في قضاء إلا بفهم ولا خير في فهم إلا بحكم ولا خير في حكم إلا بفصل ولا خير في فصل إلا بعدل .

93 قال الشيخ : أما قوله لا خير في قضاء إلا بفهم فإن القاضى يلغى له أن يفهم أولاً قول الخصوم ، فإن لم يفهم عنهم فعبث في القضاء لم يؤمن عليه الخطأ . وقوله : لا خير في فهم إلا بحكم فلأنه إذا فهم قول الخصوم ولم يكن له علم بالحكم لم ينفعه ذلك الفهم . فلذلك لم يكن في الفهم خير إلا بحكم . وقوله : ولا خير في حكم إلا بفصل فلأنه إذا كان عالماً بالحكم ولم يفصل بين الخصوم لم ينفع الخصوم عليه // [ل ٢٢ أ] بالحكم . وقوله لا خير في فصل إلا بعدل فلأنه إذا فصل بينهما بجور كان عديم ذلك القضاء خيراً من وجوده ^(٨) .

94 قال : { ويسوى بينهم في الإقبال عليهم ^(١) والنظر في أمرهم ^(٢) ، ولا يضحك في وجه أحدهما ولا يساره ولا يوى إليه ^(٣) بشئ دون خصمه ، ويسوى بينهما في الجلوس ^(٤) . } والأصل في هذا أنه لا ينبغي له أن يفعل

(٤) ساقط من ج .

(٥) بخارى ، أحكام ، ١٣ في ل ، موطأ من . وهو غضبان : وهو شديداً رويان

بشي غير ممل . (٦) من هنا إلى آخر فقرة 93 ساقط من

ف ، ج ، واسكنه مثبت فيها مع بعض التصريف بعد فقرة 110 .

(٧) لعل الصواب : الحكم .

ز 93 (١) من ملاحظة (٦) فقرة 92 إلى هنا ساقط من ف ، ج . انظر ملاحظة (٦) أعلاه .

(٢) ف : أمورهم .

94 (١) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ف .

بأحدهما فعلا يوجب له الإكرام دون الآخر^(٤) ولا يجوز له أن يفعل بأحدهما أيضاً ما يوجب له الإهانة دون الآخر^(٥) لأن في ذلك كسر قلب الآخر وقعوده عن حجته، وترك^(٥) حقه لصاحبه. والقاضي منصوب لا يصلح ذوى الحقوق إلى حقوقهم بدلالة^(٦) قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم﴾ إلى قوله ﴿أو ترضوا﴾^(٧). روى عن ابن عباس^(٨) أنه قال^(٩): إنما نزلت في حاكم يحكم بين اثنين فيكون ميله^(٨) وغرضه إلى أحدهما دون الآخر،^(١٠) فلما كان القاضي مأموراً بالقسط بين الخصمين، والقسط هو التسوية بينهما بالحق، لم يجوز له الميل إلى أحدهما دون الآخر بوجه من الوجوه. ومن جهة السنة ما روى طه عن أم سلة^(٩) عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بين الخصوم في المجلس والإشارة والنظر فلا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر»^(١٠). وعن عمر أنه كتب إلى معاوية: إذا تقدم إليك الخصمان فعليك بالبيئة العادلة واليمين القاطمة، وأدن الضعيف حتى يسند قلبه وينبسط لسانه، وتعاهد الغرب^(١١) فإنك إن لم تعاذه ترك حقه ورجع إلى أهله، وإنما المضيح لحقه من لم يرفع به رأسه، وعليك بالصلح بين الناس ما لم يستب لكَ فصل^(١٢) القضاء. وسبب^(١٣) لك وضوح^(١٢) هذه المسألة في باب تسوية الخصوم^(١٣). قال: {ولا يمازح الخصوم^(١٤) ولا واحدا منهم} من قبل أن المرح يذهب بهيبة القاضي. والقاضي يلغى أن يكون له هيبة في نفس الخصوم^(١٤) فلا يلغى له أن يفعل ما^(١٥) يتنافى هيئته^(١٥).

(٤) ساقط من ل.

(٥) ف: فيرك.

(٦) ف: والمجة في ذلك.

(٧) سورة النساء، ٤: ١٣٥، والآية كلها في ل.

(٨) ساقط من ل. (٩) ساقط من ل. وفيها لقط: روى.

(١٠) هذا الحديث لم يرد في ولسنك.

(١١) ف: العزيز. (١٢) ساقط من ل.

(١٣) مزيد في ج. على الاستقصاء.

(١٤) ساقط من ل. (١٥) ف: يتنافى.

95 قال الشيخ " أبو بكر أحمد بن علي الرازي " : حكى ابن سبابة^(١) أن القاضي إذا سلم عليه أحد الخصمين ينبغي أن يقول : وعليكم^(٢) ولا ينبغي يد على ذلك شيئاً لأن الجواب يكتفى منه بقوله : وعليكم^(٣) ، والسلام زيادة في الجواب فلا ينبغي له أن يفعل ذلك . ففيل له فإذا لا ينبغي للخصوم أن يسلموا على القاضي ، فقال : نعم لا ينبغي لهم أن يسلموا // [ل ٢٢ ب] عليه^(٤) إذا دخلوا عليه للحكم .

96 قال : { وينبغي للكاتب إذا كتب محضراً أن يكتب اسم المدعى واسم أبيه واسم جده وكنيته وصناعته وقبيلته^(١) وما يعرف به^(٢) } وقد مر بيان هذا فيما تقدم^(٣) . قال : { فإن كان القاضي لا يعرفه ملاء الكاتب ، وكذلك المدعى عليه والشهود ، إلا أنه يكتب مواضع منازلهم - يعني الشهود - ومحالهم ومصلياتهم^(٤) ويخرج أسماء الشهود وحالاتهم^(٥) ومنازلهم في رقعة وسرها^(٦) في رأس المحضر للمسئلة عنهم^(٧) . إن كان القاضي لا يعرفهم^(٨) وإن كان يعرفهم^(٩) لم يحتاج إلى ذلك } . وإنما قال : يكتب // [ف ٢١ أ] محالهم^(١٠) ومنازلهم ومصلياتهم^(١١) ولم يقل ذلك في المدعى والمدعى عليه لأن الشهود يحتاج القاضي أن يعرفهم حتى يمد لهم ويسأل عن حالهم^(١٢) وجيرانهم وأهل محالهم والعارفين بهم^(١٣) ، وليس هذا المعنى موجوداً في المدعى ولا في المدعى

95 (١) ساقط من ف . (٢) ل : ابن سباج .

(٣) ساقط من ف . (٤) ف : على القاضي .

96 (١) ل : يعرفه . (٢) ف : بينا وجه هذا فيما سلف .

(٣) لعله أراد جمع الطيبة أى هيئة .

(٤) كذلك الأصل ، ولها : يبرزها .

(٥) ساقط من ف . (٦) ساقط من ف .

(٧) ف : حال الشهود . (٨) ساقط من ف .

(٩) ف : الجيران والمعارف لهم .

عليه ^(١٠) فذلك افتراقاً ^(١١)، وإن كان الشهود شهدوا على صك أو سجل أو وصية ^(١٢) أو وكالة في كتاب، نسخ الكاتب ذلك الكتاب في المحضر، ^(١٣) لأنه لا بد له من أن يبين ذلك الصك في المحضر.

97 قال: { وإن كان المحضر ^(١) لامرأة وأراد أن يحملها فإنه ينبغي له أن يترك مواضع الحلية حتى يصير إلى القاضي، فيكون القاضي هو الذي يحملها لأن نظر القاضي إلى وجهها دون الكاتب استمر من نظرهما ^(٢) جميعاً إليها إذ ^(٣) كان القاضي لا بد له ^(٤) من النظر إليها في الأحوال كلها لأن القضاء لا يصح على غائب أو مبائن ^(٥) عنه. فذلك قيل: ينبغي أن يقتصر القاضي على فتلر نفسه ^(٦) في محضر ^(٧) المرأة. قال ^(٨): { ولا يبرزها الكاتب، وينظر القاضي إلى وجهها ويحملها. وعلى الكاتب ذلك إن كانت مدعية أو مدعى عليها أو شاهدة فلا بد من حليتها. قال: { فإن رأى القاضي ^(٩) أن يقاد ^(١٠) ذلك الكاتب - فيكون الكاتب هو الذي يحملها، فإذا قرئ المحضر على القاضي نظر القاضي إلى وجهها ^(١١) وإلى حليتها فعارض ^(١٢) ما كتب الكاتب - فمل ذلك {، لأن الكاتب أيضاً لا يكون إلا ^(١٣) أميناً، فلا بأس ^(١٤) بأن ينظر ^(١٥) إليها عند الحاجة. إلا أنه ينبغي للقاضي أن يفعل في ^(١٦)

(١٠) ساقط من ل.

(١٢) ساقط من ل.

97 (١) ساقط من ل.

(٢) ل: القاضي له به.

(٣) ل: ومحضر.

(٤) ف: فتلر.

(٥) ف: يعارض به.

(٦) ف: في النظر. ج: بالنظر.

(٧) ف: وجه المرأة.

(٨) ل: سائر.

(٩) ل: نظرهما.

(١٠) ل: ساقط من ل.

(١١) ل: ساقط من ل.

(١٢) ل: ساقط من ل.

(١٣) ل: ساقط من ل.

(١٤) ل: ساقط من ل.

(١٥) ل: ساقط من ل.

(١٦) ل: ساقط من ل.

ذلك مأهو أحوط وأسترطاً^(١٤) وهذا إذا كانت المرأة شابة أو مليحة فأما إذا كانت عجوزاً^(١٥) وحمنة فلا بأس بالنظر في جميع الأحوال // [ل ٢٣] إلى وجهها^(١٦) .

98 قال : { وإذا حضر القاضى قوم غريباء نفاصموا إليه أحداً من أهل المصر أو غريباً^(١) فطالب بعضهم بعضاً ، أو كان إنساناً^(٢) من أهل المصر يطالب غريباً ، فإنه يلغى للقاضى أن يقدمهم ويسمع منهم^(٣) ويجعلهم في أول مجلسه إلا أن يكونوا كثيرين^(٤) يشغلونه عن رقاع الناس فيجمل^(٥) لهم وقتاً من الأوقات ولا يجلسهم عن سفرهم إلا بحق يثبت^(٦) ، أو تكون خصوصتهم تطول فيكونون^(٧) أسوة أهل المصر في التقدم { . والأصل في هذا كله أنه لا يلغى للقاضى أن يضر بالخصوم ، والغريباء يكون في تأخرهم ضرر لأنهم ينقطعون عن سفرهم^(٨) وأهل المصر ليس عليهم ضرر في ذلك ، فلا يلغى للقاضى أن يضر بالغريباء ، وأما إذا كثروا حتى لم يتفرغ القاضى إلى أهل المصر لم ينبغ له أن يقدم الغريباء لأن ذلك ضرر^(٩) على أهل المصر ، وليس له أن يضر بهم .

99 قال : { ولا بأس أن يشهد القاضى الجنابة ويعود المريض ويجب الدعوة إذا كانت دعوة عامة بجماعة . وإذا كانت خاصة لم يفعل ذلك إلا أن يكون

(١٣) كذا في الأصل ، والصواب : عجوزاً .

(١٤) ساقط من ف .

98 (١) ف : غريباء .
(٢) ج : كلامهم .
(٣) ف : جلجل .
(٤) ف : أحده .
(٥) ف : كثيراً .

(٦) ل : ولا يجلسهم عن سفرتهم إلا بحق يثبت .

(٧) كذا في ل ، والصواب : يكونون ، وفي ف ، ج : فيثروا .

(٨) ف : الطريق .
(٩) كذا في الأصل ، والصواب : ضرراً .

الداعي له قرابة وليس بخصم } . أما شهادته ^(١) // [ف ، ب] الجائزة
وعيادته المريض وإجابة الدعوة فلأن النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك كله
وكان أفضل القضاة . وأما الفرق بين الدعوة الخاصة والعامة فلأن الخاصة تجرى
بحرى الرشوة لأنه مخصوص بهما من بين ^(٢) سائر الناس ، فلا يجوز إجابته
إلا لقريب ^(٣) ، كالهدي لا يجوز له قبولها إلا من ذى قرابة . وأما العامة ^(٤) فلأن
للعنى الذى ذكرناه ^(٥) . معدوم فيها فلذلك جاز له إجابتها .

100 قال الشيخ . وهذا إذا لم يكن الداعي خصماً ^(١) ، فأما إذا كان خصماً
فلا يجوز إجابته ، خاصة كانت أو عامة ، قريباً كان منه أو أجنبياً ، لأن
^(٢) هذا ميل إلى أحدهما ^(٣) .

"باب القاضى يجلس معه غيره"

101

^(١) قال : { ويجوز أن يكون مع القاضى قوم جلوس فى مجلس الحكم لما
روى عبد الله ^(٢) بن سعد ، قال : رأيت عثمان بن عفان جالساً ^(٣) فى المسجد فإذا
بجاءه خصمنا قال لهذا : ادع لى علياً ، وقال للآخر : ادع ^(٤) لى طلحة والزبير وناساً ^(٥)
من أصحاب محمد عليه السلام . فإذا جاءوا وجلسوا قال لهم ^(٦) { يئى الخصمين } : تكلموا
فإذا تكلموا أقبل عليهم { يئى على أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم } : فيقول :
ماذا // [ل ٣٣ ب] تقولون ؟ فإن قالوا ما يوافق قوله أمضاه عليهما { ، يئى القضاء

99 (١) ف : حضور . (٢) ساقط من ف .

(٣) ف : من قريب . (٤) ف : فهذا .

100 (١) مزيد فى ل : أجنبياً ٢

(٢) ف : فى هذا ميلاً إلى أحد الخصمين دون الآخر وليس له أن يفعله .

101 (١) هذا التبرؤ فى ف وج وليس فى ل .

(٢) ساقط من ف : (٣) ف : روى حديث عبد الرحمن .

(٤) ساقط من ل . (٥) ساقط من ل .

(٦) هذه الكلمة غير واضحة فى ل .

(٧) ل : لهم .

على الخصمين^(٨)، {ولأ نظر هو بعد فيقومان وقد سلبا}، يعني إذا لم يوافق رأيه رأيهم^(٩) نظر عثمان وقام على عليه السلام وطلحوا من معه^(١٠) من جلساته وسلبا له الاجتهاد والنظر في الحكم بعد ما قد أظهر له ما كان عندهما .

102 قال الشيخ رحمه الله عليه^(١) : يجوز أن يكون المراد به : وقد سلبا^(٢) من التقاييد - بأن يقلدهما في الحكم ، فإذا نظر هو في الحكم ولم يقلدهما سلبا^(٣) من حكم القضاء لو قلدهما^(٤) {^(٥) وروى عن^(٦) إسماعيل بن أبي خالد قال : رأيت شريحاً يعنى وعنده أبو عمرو الشيباني ومشائخ^(٧) نحوه يحالسونه على القضاء . وروى عن جماعة من السلف أنهم كانوا يحضرون الفقهاء وأهل العلم ثم^(٨) يقضون بمحضرتهم^(٩) . {^(١٠) قال الشيخ رحمه الله^(١١) : وروى عن عمر أنه كان يقضى بمحضرة الصحابة وبمشورته لإيام فكان يقول : رحم الله امرء^(١٢) يهتدي اليها من يشاورنا^(١٣) . وروى أن رجلاً قام إليه يوماً فقال : اتق الله يا أمير المؤمنين ، فصاح عليه واحد من الصحابة^(١٤) ، فقال عمر : اسكت ، يعني لهذا الصائح ، لاخير فيهم أن لم يقولوا لنا ولاخير فينا أن لم نقبل منهم^(١٥) وسرد على قائمها . قال الشيخ رحمه الله^(١٦) . وروى عن فضالة بن عبيد أنه قعد للقضاء^(١٧) فأقن إلى رجل^(١٨) فقال : إن فلاناً قد تنف لحيتي ، // [ف ٢٢] فقال مر أنت أيضاً فانتف لحيته . قال : فإن ذلك لا^(١٩) يني بلحيتي^(٢٠) .

(٨) ل : الحكيم .

(٩) ف : رأيهم .

(١٠) ل : معهما .

102 (١) ساقط من ل . ولعل الشيخ هذا هو مدرس العرج . انظر فقرة 50 .

(٢) ف : سلبا به .

(٣) في حكم القضاء ألف قلدهما .

(٤) ف : ومن .

(٥) ف : وأهياخ .

(٦) ساقط من ف .

(٧) ساقط من ف .

(٨) ف : من .

(٩) ل : مساوفا .

(١٠) ف : أصعابه .

(١١) ساقط من ل .

(١٢) ف : فأقن إليه رجل .

(١٣) ف : يرتع لحيتي . ج : يرتع لحيتي .

قال له : فخذ من (١٤) شعر حاجبه . فقال له رجل (١٥) من جلسائه : أرايت لو جئى رجل جناية أكرت تأخذ بها جاره ؟ قال : فقال فضالة : فلهذا أقول احضرونا .

103 باب ما للأمير (١) أن يفعله دون القاضى

ذكر (٢) حديث { معمر (٣) عن أيوب (٤) عن محمد بن سيرين قال : كانوا يرون للأمير (٥) أن يباعد منه الخصوم في وقت ويدينهم في وقت ، والقاضى ليس له ذلك ، إنما يقضى بالعدل في حقوق الناس ولا يؤثر أحداً على أحد في مجلسه إذا قضى بين الناس { وحديث (٥) { الحسن بن علي ، رضى الله عنه ، قال : نزل به ضيف فسأله عن شيء ، فقال له : ألك خصم ، قال : نعم ، قال : فتحول فإني سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : لا تضيفوا الخصم إلا مع الخصم (٦) } .

104 . قال الشيخ : وإنما // [ل ٢٤ أ] (١) كان للأمير أن يفعل ذلك لأن الخصوم لم يدخلوا عليه للفصل (٢) بينهم في الخصومة ، وإنما دخلوا عليه للسلام (٣) . فأما إذا دخلوا عليه لقطع الخصومة فهو والقاضى سواء في لزوم التسوية بين الخصوم .

(١٤) ساقط من ل .

103 (١) ف : للأمير .

(٢) ف : ووى .

(٣) ساقط من ف .

(٤) ف : للأمير .

(٥) ل : وحدتنا .

(٦) هذا الحديث لم يرد في ولسنك .

104 (١) ف : جاز للأمير .

(٢) ف : ليفصل .

(٣) ف : التسليم .

(٤) ف : إليهم .

106. قال : { وقال أبو حنيفة : لا بأس أن يجلس القاضى ومعه من يثق بدينه وأمانته وفهمه وعليه ^(١) } إذا كان في مجلس الحكم أو قريباً منه ^(٢) حيث يسمعون ^(٣) كلامه وكلام الخصوم { لأنه يخاف ^(٤) عليهم تلقين الخصوم ، وإذا كانوا عدولاً أماناً فلا بأس بجلوسهم قريباً منه . قال : { ولا ينبغي أن يشاورهم ، حضر من الخصوم في شيء مما يقدم ^(٥) إليه فيه كي لا يعرف الخصوم ما يدور بين القاضى وبين مشاوره ^(٦) وما يقوم ^(٧) عليه رأيه فيما ^(٨) يريد أن يحكم به { لأنه لا يأمن عليهم الحيلة إذا وقفوا ^(٩) على رأى القاضى . فلذلك لم ينبغ للقاضى أن يسمع الخصوم ما اتفق عليه رأيه ألا ترى أنه لا يجوز له أن يفتى لهذه ^(١٠) العلة ؟ فكذلك هذا . قال : { وإذا أراد القاضى مشاوراً جلساته في المجلس شاورهم بعد قيام الخصوم { لما بينا . قال : { وإن كره القاضى أن يجلس معه أحداً جلس هو وحده إذا كان عالماً بالقضاء ، وإن كان غير عالم فأولى الأشياء به مناظرة الفقهاء في أمره وما يرد عليه . }

106 قال الشيخ : وهذا إذا خشي القاضى على نفسه الحصر ، فأما إذا لم يخش ذلك فالأولى جلوس الفقهاء عنده لأنه أحوط للقضاء ^(١) ألا ترى أنه إذا أخطأ فيه أو اشتبه عليه الأمر ذكره وأنبهه ؟ ^(٢)

105 (١) في ج فقط .

(٢) ف : حتى يسمعون . وفي ج : حتى يسموا .

(٣) ل : مخالف . : (٤) ف : يقدم به .

(٥) ف : مشاوره . (٦) ل : تقدم .

(٧) ف : وما . (٨) ف : وقفوا .

(٩) ل : يهتد .

106 (١) ف : ولما بينا ذلك فيما تقدم .

باب "مشاورة القاضي

107

// [ف ٢٢ ب] قال ^(١٣) : { ويبنى للقاضي أن يستشير أهل العلم فيما يجرى من الأحكام لقوله تعالى { وشاورهم في الأمر } ^(١٤) ، ^(١٥) ولقوله تعالى { وأمرهم شورى بينهم } ^(١٦) . ومن جهة السنة ما دوى معمر عن الزهري ^(١٧) عن أبي هريرة قال : ما رأيت أحدا أكثر مشاورة من رسول الله صلى الله عليه وسلم لأصحابه ^(١٨) . وعن الحسن البصري أنه قال في قوله تعالى { وأمرهم شورى بينهم } والله ^(١٩) ما شاور قوم قط إلا وفقهم الله تعالى لأنفضل ما يحضرم ، يعني ما في اجتهادهم من الحكم ^(٢٠) . وعن الحسن أنه قال : كانوا يقولون ما حارب قوما قط أمر فاجتمعوا وشاوروا ثم تفرقوا عن مشورة إلا وفقهم الله لأصوب ذلك وأرشد . وهذا لا يجوز أن بقوله الحسن من جهة الاجتهاد والرأي ، وإنما قاله توقيفا لأنه أخبر بمسلم الغيب الذي لا يطلع عليه إلا الباري سبحانه وتعالى ، فلا يصل إلى معرفته إلا من جهته . { وعن صفيان الثوري قال : قال زياد : الرجال ثلاثة : رجل ، ونصف رجل ، ولا شيء . فأما الرجل فهو الذي له رأى ولا يحتاج إلى رأى غيره ، ونصف الرجل هو الذي لا رأى له وإذا حربه أمر [شاور] ^(٢١) ذوى الرأي ، ولا شيء الرجل الذي لا رأى له ولا يشاور { أما الذي له رأى ولا يحتاج إلى غيره فإنما كان كاملا لأنه مستغن عن رأى غيره وإن كان متنبها إلى

107 (١٦) ف : باب في . (٢) ساقط من ل .

(٣) سورة آل عمران ٣ : ١٥٩ .

(٤) سورة الشورى ، ٤٢ : ٣٨ .

(٥) ساقط من ل . (٦) ف : لأصحابه منه .

(٧) ف : له قال . (٨) من هنا إلى آخر 107 ساقط من ل .

(٩) في ف : مشاور ، ولعل السواب : شاور .

أن يستشير أصحابه ، كائنني صلى الله عليه وسلم كان يستشير أصحابه ، إلا أنه لما كان مستفتيا عن أصحابه^(١٠) فيما كان يجري بينهم من الأحكام كان أكل الناس ، وكذلك بعد النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه^(١١) . وأما نصف الرجل فإمما جعل المستشير الذي ليس له رأى لأنه إذا كان الكامل هو المستفتي عن الناس في الاجتهاد والرأى فالمحتاج إليهم^(١٢) إذا استشارهم كانت مرتبته دون مرتبة الكامل وإن كان عاقلا مستشيرا . وأما الذي لا يستشير ولا رأى له فهو الأحق الجاهل لأنه لا يندى ولا يسأل ، فهو الجاهل الكامل ، لا يعد من الرجال^(١٣) .

108 قال " الخصاص رحمة الله عليه " : { إذا ورد على القاضي حكم من الأحكام نظر في ذلك ، فإن كان مما نزل به القرآن^(١) أو جاءت به السنة فلا حاجة به إلى المشاورة^(٢) وإن كان شيء لم يأت في القرآن^(٣) ولا في السنة واحتاج فيه إلى^(٤) مشاورة أهل العلم فيلغى ألا يسجل في ذلك بحكم^(٥) حتى يشاور } [ل ٢٤ ب] من يثق برأيه وعلمه ودينه . فإذا اتفقوا على شيء أمضاه .^(٦) وإن شاور في ذلك رجلا واحدا^(٧) } [ف ٢٣ أ] أجزاء { لأن المشاورة ليست فرضا واجبا عليه حتى لا يجوز له إنفاذ القضاء إلا بها ، وإنما هي مندوب إليها^(٨) . ندب الله تعالى النبي صلى الله عليه وسلم إلى ذلك^(٩) . فإذا

(١) كذا في ج . وفي ف : أصحابهم .

(١١) ساقط من ج . (١٢) ساقط من ج .

(١٣) من ملاحظة (٨) إلى هنا ساقط من ل .

108 (١) ساقط من ل . (٢) في ف : الكتاب .

(٣) ف : الكتاب . (٤) ساقط من ج .

(٥) ساقط من ف . (٦) ل : وإن شاوره رجلا واحدا في ذلك .

(٧) ف : كما ندب الله تعالى نبيه عليه السلام إليها .

كان كذلك نظر فإن كان القاضى عالماً بالحكم جاز^(٨) قضاؤه ، استشار فيه القوم أو لم يستشر ، إلا أن المشاورة أحسن . وإن كان جاهلاً^(٩) بالحكم لم^(١٠) يبلغ له أن يدخل في الحكم . وإن دخل فيه لم يبلغ له أن ينفذه^(١١) إلا بمشاورة أهل العلم .

109. "باب في فصل الخطاب"

^(١٢) قال : { واختلف في قوله [تعالى] ﴿ فصل الخطاب ﴾^(١٣) . فقال الحسن : هو العلم بالقضاء ، أى أعطاه الله جل وعلا العلم بالقضاء . وقال شريح : هو الشهود والأيان ، أى أعطاه الله تعالى حكم المدعى عليه بالينة واليمين فيفصل بينهما بذلك . وقال الشعبي عن زياد ، يعنى ابن أبيه^(١٤) ، أنه قال : هو قوله : أما بعد ، فى المكاتبات . وهو^(١٥) محتمل لأنه يجوز أن يكون هذا لم يكن قبل داود عليه السلام ، ثم أعطاه الله تعالى هذا التفصيل بين الداء وبين الخطاب بقوله : أما بعد . { وقال عبد الرحمن السلى : فصل الخطاب الخصوم يعنى فصل^(١٦) الخصومة بينهم^(١٧) . قال أبو عبد الرحمن : إن داود عليه السلام لما أمر بالقضاء قطع به ، يعنى لم يكن يعلم^(١٨) الفصل بينهما بالحق . قال : فأمر أن يسألهم الشهود وأمره أن يحلفهم باسمه جل وعلا ، يعنى بالوحي^(١٩) وقال : فصل الخطاب يعنى قطع الخصومة بالحق^(٢٠) . { وهذا كله جائز ، قريب

(٩) ساقط من ل .

(٨) ساقط من ل .

(١٠) ف : يقدم .

109 (١) هذا التبويب فى ج ، وليس فى ل .

(٢) ف : اختلف الناس فيه ، انظر سورة م ، ٣٨ — ٢٠ .

(٣) تورد ل هنا هذه الملاحظة الجصاص . قال الديلمى : هو زياد بن أمه لأنه ليس له

سب معروف من أبيه . (٤) ف : وهذا أيضاً .

(٥) ف : قطع . (٦) ل : بينهما .

(٧) ل : يمل . (٨) ساقط من ل .

بعضه من بعض . وأما قوله : الحكمة ، فروى عن مجاهد في قوله ﴿ يوتى الحكمة من يشاء ﴾ ^(٩) ، ^(١٠) أنه العلم والقرآن والفقه ولم يرد به النبوة ^(١١) . وكذلك قوله تعالى ﴿ وآتيناه الحكمة ﴾ ^(١٢) المراد به ، والله أعلم ، هو هذا إذا كانت هذه المعاني كلها حكمة ^(١٣) .

١١٠ . «باب خمس خصال»

{ ٢٠ عن عمر ^(٢) بن عبد العزيز أنه قال : خمس خصال ^(٣) إذا أخطأت الحماكم منهن خصلة كانت فيه وصمة ^(٤) ، أن يكون فيهما ، وأن يكون حليما ، وأن يكون صفيها ، وأن يكون صائنا ، وأن يكون عالما سؤولا // [ف٢٣ب] عن العلم | . أما الفهم فلا أنه إذا عدم منه لم ^(٥) يقدر على إنقاذ ^(٦) أمر نفسه فكيف أمر غيره في الحكم ^(٧) . وأما // [ل ٢٥ أ] الحلم فلا أنه إذا ضجر ^(٨) كان منيها ^(٩) عن إنقاذ القضاء معه ، فذلك يلغى أن يكون حليما . وأما العفة في الفرج والنظر إلى ما حرم الله تعالى فلأن ذلك يوجب التفسيق ، والفساق لا يجوز قضاؤه . وأما الصيانة عن أموال الناس فلا أنه منهي عن أخذ الرشى والهدايا فلا يلغى له أن يدخل ^(١٠) فيه . وأما كونه عالما فلأن الإنسان ^(١١) ، وإن كان له فهم ، فإنه ^(١٢) إذا لم يكن له علم بالأحوال لم يسعه إنقاذ القضاء

(٩) سورة البقرة ، ٢ : ٢٦٩ .

(١٠) ف : ليست النبوة ولكنه العلم والقرآن والفقه .

(١١) سورة ص ، ٣٨ : ٢٠ .

(١٢) ساقط من ل .

١١٠ (١) هذا التوب في ف ، ج ، وليس في ل .

(٢) ساقط من ل : (٣) ساقط من ل .

(٤) مزيد في ل هنا : أي عيب .

(٥) ف : لا . (٦) ساقط من ف .

(٧) ف : قد نهي . (٨) ل : يدخله .

(٩) ف : الناس . (١٠) ساقط من ف .

بفهمه ، لأنه لا^(١١) يأمن أن يقضى في شيء برأيه واجتهاده مع وجود النص ، فلا بد له من العلم مع وجود الفهم^(١٢) .

١١١ . باب في رزق القاضي

قال : { ويجوز للقاضي أن يرتزق ما يكفيه من بيت المال^(١) }^(٢) وذلك لقوله تعالى في آية الصدقات^(٣) ﴿ والعاملين عليها ﴾^(٤) لجعل للعاملين قسطاً منها لأنهم قلموا بأخذ الصدقات .^(٥) فهذا أصل في أن كل من قام بأمر يعود نفعه إلى الناس كافة كان نفقته على بيت مال المسلمين . ومن جهة السنة ما روى أبو بكر بن عبد الله بن أبي بكرة عن إسماعيل عن أبيه عن الزهري^(٦) قال : رزق رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد حين استعمله على مكة^(٧) أربعين أوقية في السنة . ولم يبين في الخبر أنها كانت فضة أو ذهباً .^(٨) وروى الزهري عن السائب بن يزيد عن حبيب بن عبد المزي^(٩) عن عبد الله بن السعدي^(١٠) قال : استعملني عمر بن الخطاب فأبى أن آخذ العالة ، فقال لي^(١١) :

(١١) ل : ليس .

(١٢) يلحق هذه الفقرة بـ ف ، ج ، هـ باب ما جاء في القضاء في حال الضجر .
ولكن مادة هذا الباب وردت سابقاً في فقرتي 92 ، 93 . راجع ملاحظة (٦) من فقرة 92 .

111 (١) ف : مال المسلمين . (٢) ل : بقوله .

(٣) سورة التوبة ، ٩ : ٦٠ .

(٤) ل : وهذا شيء يعود همه إلى الكافة على المسلمين والمسلمين لهم ، وكذلك القاضي ومن الزهري .

(٥) ج : القضاء ، وفي ف كلمة غير واضحة ولعلها : يعمل .

(٦) ساقط من ل . ف ، ج تثبتان اسم حبيب بن عتيب هكذا : حبيب بن عبد العزيز .

(٧) لم أعتز على هذا الاسم ، ولعله عبد الله بن الأرقم الزهري أو عبد الله بن قيس الأحمري (أبو موسى) في ج : الشري ،

(٨) ل : له .

خذها ، فإني فعلت ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فمعلماني فأبنته
فقال عليه السلام « من أتاه من هذا المال شيء ^(٩) من غير ^(١٠) أسر نفسي ^(١١)
ولا مسئلة فأقبله ولا تتبعه » [٤] نفسه ^(١٢) . « ^(١٣) ففي هذين الخبرين دلالة
على جواز رزق القاضي ^(١٤) . ^(١٥) وروى أن عمر بن الخطاب ^(١٦) رضى الله عنه
كتب إلى معاذ بن جبل وأبي عبيدة إلى الشام : أن انظروا رجالا من أهل العلم
من الصالحين قبلكم فاستعملوهم على القضاء ووسعوا عليهم في الرزق . وعن
علي رضى الله عنه أنه رزق شريحا خمسمائة درهم في الشهر . وعن ابن سيرين
أن عمر بن الخطاب رزق أبا موسى ستة ^(١٧) ألف ^(١٨) درهم وهو على البصرة
وأعطى عثمان بن أبي العاص رزقا ^(١٩) بالمدينة في عماله وروى عن النبي صلى
الله عليه وسلم أنه قال « من استعملناه منكم على عمل فن لم يكن له زوجة ^(٢٠)
فليتزوج // [ل ٢٥ ب] ومن لم يكن له خادم فليخذ خادما ومن لم يكن له
مسكن ^(٢١) فليخذ مسكنا ^(٢٢) . وقد روى أن أبا بكر لما ولي ^(٢٣) أخذ
شيئا من بيته ^(٢٤) ليبعده وينفق على عياله ، فأقبله عمر ^(٢٥) . ^(٢٦) فاستخبره على
ذلك فأخبره وقال : إنكم قد أرزقتموني رزقا لا يكفيني . فقال : يزيدك .
فقال أبو بكر إنما أنت رجل واحد من قريش . فساكننا في ذلك إلى أن ورد
عليهما على رضى الله عنه ، إلى أن زاده في الرزق وجعل له ^(٢٧) كل يوم درهما

(٩) ساقط من ف .

(١٠) كذا في ج . قل : إسراف نفسي . وفي ف . أسر نفسي .

(١١) هذا الحديث لم يرد في ولسنك .

(١٢) ساقط من ل . (١٣) ف : وعن عمر .

(١٤) كذا في ف . قل : ألف . وفي ج : آلاف ألف .

(١٥) ف : أرضا . (١٦) ف : امرأة .

(١٧) ف : ل : مسكنا . (١٨) فابل أبا داود ، لمارة ، ١٠ .

(١٩) ل : رى . (٢٠) ف : منزله .

(٢١) في ف يائض . وفي ج : على .

(٢٢) ف : أو بعض الصحابة فاستخبره عن ذلك ، فردده واستشار الصحابة حتى

أعلموا له .

ونصفا أودرهما وأربعة دوانيق . // [ف ٢٤ ب] كذا حكى الشيخ رحمه الله وقال: لأن الدرهم كانت عزيمة عديم إلى أن فتح الله عليهم الدنيا .^(٣١) وخطب بذلك أبو بكر فأعلم الناس فيه من غير تكبير من أحد عليه فصار ذلك إجماعاً منهم . وقد روى أن عبد الله بن مسعود كان يأخذ الرزق حيث كان على قضاء الكوفة^(٣٢) .^(٢٤) قال رحمه الله : وهذا عندنا على وجه الكفاية لا على وجه الأجرة كالسعاة على الصدقات ، لأن الأجرة لا يجوز أخذها على شيء من الطاعات ، كما لا يجوز أخذها على تعليم الإيمان بالله تعالى وتعليم الصلاة . وقد بينا وجه هذه المسئلة في غير موضع فأغنى عن إعادتها ها هنا^(٢٥) .

112 باب الرشوة في الحكم والهدايا إلى العمال والأمرام

والرشوة لهم وغيرهم

قال^(١) : { ولا يجوز للقاضي أن يرثى على الحكم ولا غيره ، فإن ارتضى كان بذلك معزولاً عن الحكم ولم يجوز^(٢) قضائه بعد ذلك حتى يتوب . فإذا تاب جاز قضائه ولا يحتاج إلى استئناف التولية^(٣) . } وهذه رواية عن أصحابنا جميعاً^(٤) رواها الشيخ رحمه الله عنهم^(٥) . قال^(٥) : { ولا يجوز للمقضى له ولا للمقضى عليه أن يرشوه على الحكم^(٦) وأما على غير الحكم وفي الحكم إذا غافوا الظلم جاز لهم أن يرشوه ليتوصلوا به إلى حقوقهم^(٦) . وأما الهدية فلا يجوز له قبولها من خصم سواء كان قريباً منه أو غير قريب .^(٧) وإذا كان غير خصم ، فإن كان قريباً جاز قبولها ، وإن كان غير قريب منه^(٧) . فإن كان رجلاً من عاداته أن^(٨) يهدي له^(٨)

(٢٣) ساقط من ف .

(٢٤) ساقط من ل .

112 (١) ساقط من ف .

(٢) ف ، ج : معزولاً ولا يجوز .

(٣) ف : التوبة .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ف .

(٦) ساقط من ف .

(٧) ساقط من ل .

(٨) ف : يهديه .

قبل الولاية جاز له قبولها منه في غير حالة الخصومة، وإن كان رجلاً لم يعتد ذلك منه^(٩) لم ينبغ له أن يقبلها { . هذا جملة ما يجري^(١٠) عليه مسائل هذا الباب .
وأما الرشوة على الحكم^(١١) فلا يجوز^(١٢) للراشئ والمرشئ أخذها^(١٣) ، لقوله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾^(١٤) وهذا هو أكل مال الغير بالباطل^(١٥) . وقوله تعالى ﴿ لولا ينههم الربانيون والأحبار عن قولهم الإثم وأكلهم السحت ﴾^(١٦) .
رُوي في التفسير أن السحت هو الرشوة ، وروى أنه الهدية ، فهو على الأمرين جميعاً هتدنا .^(١٧) ومن جهة السنة ما روى أبو سلة عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لمن الله الراشئ والمرشئ والذي يمشی بينهما ، وعن ابن عمر قال : لمن رسول الله صلى الله عليه وسلم // [ل ٢٦ أ] الراشئ والمرشئ . وعن هشام بن عروة عن أبيه^(١٨) ، عن أبي حميد الساعدي أن النبي عليه السلام استعمل ابن الأتبية^(١٩) على صدقات بني سليم فلما جاء قال : هذا لكم وهذا أهدي إلى^(٢٠) . فقام النبي صلى الله عليه وسلم^(٢١) وخطب الناس^(٢٢) فحمد الله وأثنى عليه فقال : ما بال رجال نوليهم أموراً بما ولانا الله تعالى فيجزي أحدهم // [ف ٢٥ أ] فيقول : هذا لكم وهذا أهدي إلى^(٢٣) ، أفلا يجلس في بيت

(٩) ساقط من ف .

(١٠) غير واضح في ل .

(١١) ساقط من ل .

(١٢) سورة النساء ، ٤ : ٢٩ .

(١٣) سورة المائدة ، ٥ : ٦٣ .

(١٤) ساقط من ل .

(١٥) ل : وعن أبي هريرة قال : لمن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشئ والمرشئ في الحكم ، وعن ثوبان قال : لمن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشئ والمرشئ والمأشئ بينهما . انظر أبا داود ، أفضية ، ٤ ، حيث راوى الحديث هو ابن عمرو .

حدث ابن عمر ساقط من ج .

(١٦) ل الأتبية . وفي ف ، ج : السه . ولكن الظن بخاري ، هبة ، ١٧ ، حيث

الصيغة المثبتة أعلاه .

(١٨) ساقط من ل .

أبيه وأمه حتى تأتيه هديته إن كان صادقاً ، ^(١١) فهذا يدل على حظر الرشوة والهدية على الحكم . وأما حظرها من جهة السلف فلما روى عن علي وعمر وعبد الله وغيرهم من الصحابة .

113 وأما ما روى عن علي فرواه عنه عبد الله بن حمزة الباهلي ^(١٢) قال : قال علي عليه السلام : الرشوة في الحكم من السحت . وروى عن معاذ بن العلاء عن أبيه عن جده قال : خطب علي رضي الله عنه ويده فارورة فقال : وما أصبت بها ، يعني بالولاية ، منذ دخلتها إلا هذه التارورة أهداها لي دهقان . وروى علي بن ربيعة عن علي عليه السلام أنه استعمل رجلاً من بني أسد يقال له ضبيعة ^(١٣) بن زهير ، فلما جاء قال : يا أمير المؤمنين ، من أهدى إليّ في عملي شيئاً وأتيتك به . فإن كانت حلالة أكلتها وإلا فقد أتيتك بها ، فقبضها علي عليه السلام وقال : لو حبستها كانت خلولا . ففي هذا دلالة على أن أكل ما يأخذه الوالي في حال ولايته من الهدية وغيرها يكون محظوراً عليه .

114 وأما ما روى عن عمر فروى الأعمش عن خيشمة ^(١٤) قال : قال عمر : بابان من السحت يأكلهما الناس ، الرشى ومهر الزانية . وروى يحيى بن سعيد عن عمر أنه كتب إلى أهل العراق : فإن لنا هدايا دهاقيننا ، أي ما يهدى للولاة يكون فيها لبنت مال المسلمين ولا يكون للولاة منها شيء . وعن سفيان قال : قدم معاذ بن العلاء برقيق في زمن أبي بكر رضي الله عنه فقال عمر : أذهبهم إلى أبي بكر . فقال معاذ : ولم أذهبهم إليه وهم رقيق ؟ فأنصرف إلى منزله ولم يذهبهم إليه ، فنام ليلة ثم أصبح من الغد ، ذهبهم إلى أبي بكر ، فقال له عمر : ما بذلك ؟

(١١) بخاري ، هبة ، ١٧ . ومن هنا إلى آخر لفظة 118 ساقط من ل .

118 (١) ف ، ج السلولى . ولله تهريف . انظر لسان الميزان ، ج ٢ ، ص ٣٥٨ .

(٢) ج : سليمة . ولى ف فيه مسجدة .

114 (١) ج : خيشمة .

قال: رأيت فيها يرى النائم كأنى أرى ناراً أهوى فيها فأخذت تمحيزني ففتحتني من دخولها، فظننت أنى علمت أنهم الرقيق . فقسال أبو بكر : هم لك . فلما انصرف إلى أهله قام يصلى فرآهم يصلون خلفه فقال : لمن تصلون ؟ فقالوا الله . فقال اذهبوا فأنتم لله : أى أتم أحرار لوجه الله ، فقد اتفق أبو بكر وعمر ومعاذ فى هذا الحديث على حظر قبول الهدية للقاضى . وأما جعل أبى بكر إياهم لمصاد فلأن للإمام أن يجعل من بيت المال مالا لواحد يرى استحقاقه //

[ف ٢٥ ب] فلما جعل الرقيق لبيت المال جاز أن يجعلهم لمعاذ .

116 وأما ما روى عن عبد الله " بن عباس " فروى علقمة ومسروق عنه أنهما سألاه عن السحت ، فقالا : هو الرشوة . فقال : فى الحكم ؟ قال : ذاك الكفر ، إن الرشوة فى غير الحكم سحت وفى الحكم كفر . فهذا يدل على أنه يرى استجلالها (٢) فى الحكم . فأما إذا لم ير استجلالها لم يكفر بذلك وإن كانت معصية . وروى أبو الأحوص عن عبد الله قال : قال : الرشوة فى الحكم كفر والسحت أن يهدى الرجل إلى الرجل الهدية كيما يمينه على حاجته عند السلطان وهذا محمول عندنا على أنه لا يخاف الراشئ من الظلم فيكون منبهاً عنه . وأما المرتضى فلا يحمل له أخذها . وأما قوله : فى حال الحكم يكون كفراً ، فمحمول على ما بينا من الاستجلال . وقوله عليه السلام فى السحت محمول على أنه لم يرد استجلالها إياها (٣) ، فلذلك لم يحكم عليه بالكفر . وقد روى عنه مسروق أنه قال : القاضى إذا أخذ الهدية فقد أكل السحت وإذا أخذ الرشوة فقد بلغت به الكفر .

116 (١) ساقط من ف .

(٢) ج : استجلالها = والصواب : استجلالها ، أى إنه يراها من جلال الأمور .

(٣) المعنى مضطرب هنا .

116 وروى أن الأصمبهد^(١) أهدى إلى عبد الحميد أربعين ألفاً أو أقل فكُتِبَ إلى عمر بن عبد العزيز فكُتِبَ إليه : إن كان أهداها إليك وأنت في منزلك فاقبلها منه ، بارك الله لك فيها ، وإن كان أهداها إليك وأنت في عملنا فاحتسبها له من خراجها . فبُيِّنَ أن الهدية قبل تولية القضاء مباحة ، وبعد الولاية محظورة عليه . وعن إبراهيم قال : الرشوة في الحكم سحت . وعن سعيد بن جبير أنه سئل عن السحت فقال : الرشى . وعن أبي سعيد قال : هدايا الأمراء غلول له^(٢) . وعن طاووس قال : هي سحت . وعن عبد الله بن ربيعة أنه لما بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم علياً إلى أهل خيبر أهدوا له ، فرده^(٣) فقال : هذا سحت^(٤) .

117 وأما^(١) رخصة الراشي للرشوة على غير وجه^(٢) الحكم أو في الحكم إذا خاف الظلم فلائنه^(٣) لم يحظر على الإنسان حفظ ماله ونفسه يذلل^(٤) بعض المال فإذا خاف أن يذهب منه ألف درهم جاز له أن يذلل عشرة دراهم أو مائة أو أقل أو أكثر ليحصل له الباقي ، وإن كان قد محظر على المرتشى^(٥) أخذه ، كما جاز له أن يذلل بعض ماله إذا خاف على نفسه القتل أو قتل بعض ولده وإن كان

116 (١) ف : الأصمبهد . ج : الأصمبهد فارسي بمرتب ، ومعناه قائد عسكري ، وهو أيضاً عالم للوك طبرستان . انظر الجواليقي ، ص ٢١٨ .

(٢) كذا في الأصل ، لعل الصواب : لهم .

(٣) ج : فروة .

(٤) من ملاحظة (١٩) فقرة 112 لى هنا ساقط من ل عدا ما يلى :

فان صحت ما ذكرناه ، ومن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أهل العراق وإن لها هدايا لما يهدى لولاة ليسكون بيت مال المسلمين ولا يكون لولاة منه هي . والأخبار كثيرة في هذا .

117 (١) ل : يحمل ما يلى فصلا مستقلا .

(٢) ساقط من ف .

(٣) ف : برك .

(٤) ف : الفهم .

هذا محظوراً على الأخذ منه ^(١) // [ف ٢٦ أ] أخذه ^(٢) . وقد روى بإحاطة هذا عن جماعة من السلف . وروى يحيى بن عبد الحميد الخفائي عن وكيع عن أبي العُميس ^(٣) عن القاسم أن عبد الله بن مسعود أخذ في أرض الحبشة فرشاً من خلوا سييله . وعن حماد بن زيد عن أيوب قال : أخذ سارق بمكة فرشاً من طاؤوس ديناراً واحداً حتى خلوا سييله . وعن الحسن بن جابر قال : لا بأس بالرشوة إذا خاف الرجل الظلم على نفسه . وعن جابر بن زيد قال : لم نجد في زمان عبيد الله ^(٤) بن زياد ، يعني ابن أبيه ، أنفع لنا من الرشى . وذلك أن عبيد ^(٥) الله بن زياد كان ظالماً جباراً يحور على الناس ، وهو الذي قتل الحسين ابن علي عليه السلام . حكى أن الحسن البصري لما سمع قتله للحسين قال : يا عجب ، هل رأيتم — أو كلاماً نحوها — ابن دعوى يقتل ابن نبي ؟ لأن زيادا [أبا] ^(٦) عبيد الله لم يعرف له أب . وعن مجاهد قال : اجعل مالك جُذّة دون دينك . ولا تجعل دينك جُذّة دون مالك ، تحفظ دينك يبدل المال ^(٧) ولا تحفظ المال يبدل الدين ^(٨) . وعن الحسن قال : لا نرى بأساً أن يُعطى الرجل نصف ماله ما يصون به عرضه . وعن الشعبي قال : لأن أعطى درهما واحداً في النسابة أحب إلى من أن أعطى خمسة دراهم ، يعني في الصدقة ^(٩) .

118 وأما هدية الخصم فإنما لم يجوز قبولها لأنها تكون مثل الرشوة ، وقد قيل إنها هي المرادة بالهدية ^(١٠) كما لا يجوز له ^(١١) ضيافة أحد الخصمين دون الآخر ،

(٧) من هنا إلى آخر هذه الفقرة ساقط من ل

(٩) ساقط من ف

سوى : وفيه أخبار .

(٨) ج : العيس : أبو العيس هو عتبة بن عبد الله الهذلي ، انظر تهذيب التهذيب ،

(٩) ل : عبد الله . والصواب عبيد الله .

ج ٧ ، ص ٩٧ .

(١١) ساقط من ف

(١٠) ف : ابن

(١٢) من ملاحظة (٧) إلى هنا ساقط من ل

118 (١) ف : وكما أنه لم يجوز له .

١) ولا الإقبال على أحد الخصمين دون الآخر ، سواء كان قريباً أو غير قريب ، كذلك الهدية ٢) وأما من غير الخصم فإنه يجوز قبولها من قريب كما يجوز ضيافته ٣) إياه ، لأن القاضى وغيره مأمور بصلة الأرحام ، مندوب إليه ٤) فلم يدخل فى القضاء ليقطع الصلة عن الأرحام ٥) : وأما من غير قرابة فلا تسبق إلا من كان له عادة ٦) بأنه يهدى ٧) إليه قبل القضاء ، لأن ذلك يوجب التهمة ويشبه الرشوة ٨) ، فلا ينبغي له أن يقبلها ٩) أما الذى كان له عادة بذلك فإنه ليس كذلك لأنه ليس فيه شبهة على أحد إذ ليس برشوة ١٠) . ١١) وإنما قلنا ١٢) انه ينعزل عن القضاء ١٣) بقبول الرشوة وإن لم يعزله الإمام حتى لا يجوز قضاؤه ١٤) [ل ٢٦ ب] بعد ذلك ما لم يتب لما بينا أن الارتشاء قد جاء فيه وعيد ١٥) فيكون مرتكب ذلك فاسقاً ملعوناً والفاسق يمنع القضاء كما يمنع الشهادة ، إذ القضاء أكد من الشهادة . ألا ترى أن قول القاضى وحده ١٦) ينفذ على الغير ، وقول الشاهد لا ينفذ على أحد حتى يقضى القاضى به ؟

119 ٣) قيل للقاضى ١) رحمه الله : فكيف مذهب أصحابنا فى الإمام الذى ولى القاضى ، فهل يجوز أن يكون ٢) [ف ٢٦ ب] فاسقاً ؟ قال : لا . وهذا الذى يحكون عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه يجوز إمامة الفاسق غلط ، لا يضبطون عنه قوله ، ومسأله تدل على صحة ما قلنا . وذلك أنه قال فى الإمام

(٢) ساقط من ل .

(٤) ل : فى جميع الأحوال .

(٣) ل : إضافته

(٦) ل : والشبهة .

(٥) ف : بالهدية .

(٨) ف : وأما قوله .

(٧) ساقط من ل .

(٩) ف : بالرشوة ولا يجوز قضاؤه بعد ذلك حتى يهوب ، لأن الارتشاء قد جاء

(١٠) ساقط من ف .

فيه الوعيد .

119 (١) ل : الشيخ . وما أن الشارح لم يكن قاضياً بالإشارة هنا إلى القاضى عليه أن هذه الفقرة هى من قول الشيخ الذى كان يدرس شرح الجصاص . انظر أيضا فقرة ٥٥٠ .

إذا زنا لم يجب عليه الحد ، وعلى جل (٢) أصحابنا أنه ينزل بالزنا ، ولا يكون هناك من يقيم عليه الحد فيسقط . وإذا ولي غيره لم يجب عليه أيضاً لأنه ليس للبرأى أن يأخذ أحد يحد قد لزمه من قبل ولايته . فإذا كان هذا على ما وصفنا ، لا فرق بين الإمام والقاضى وأنه لا يجوز واحد من الأمرين مع الفسق (٣) .

120 وأما عوده إلى ما كان عليه من القضاء بزوال الفسق بالتوبة فلأن الذى أوجب زوال ولايته هو الفسق دون غيره ، "وقد زال" ، فإذا ارتفع الفسق عاد إلى ما كان عليه كالوكيل بالشئ إذا عالف أو خان صار غير أمين ، فإذا ارتفعت الخيانة والخلاف عاد إلى ما كان عليه من الوكالة ، كذلك الأب يكون له ولاية على الولد (٢) إذا كان مسلماً (٣) فإذا ارتد لم يكن له عليه (٣) ولاية بوجود الكفر ، فإذا ارتفع الكفر عادت الولاية (٤) على ما كانت عليه (٤) . كذلك هذا .

121 قال : { وإذا رشا الطالب ولد القاضى أو كاتبه أو واحداً من أنسابه (١) على أن يعمل (٢) له فى إيفاد الحكم الذى (٣) طالب به (٣) ، وهو حق له واجب ، والقاضى لا يعلم بذلك ، فالرجل آثم فيما أتى من ذلك } ، يعنى إذا لم يخف من ظلمه . وأما ما حكم به القاضى فهو نافذ جائز لا يرد لأنه غير مرتش إذا لم يعلم ذلك ولا ارتشى هو بنفسه .

(٢) ف : دعواجه .

(٣) حدد الفقرة مضطربة جداً فى ل ، فكان اعتماداً على ف ، ج .

(٢) ساقط من ل .

120 (١) ساقط من ف .

(٤) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ف .

(٢) ف : عمل .

121 (١) ف : باحقيقه .

(٣) ل : طلب .

122 " باب تسليم القاضى على الخصوم "

قال : { ولا بأس أن يسلم القاضى على الناس إذا دخل المسجد قبل أن يجلس للحكم } لأنه ليس في هذا ضرر^(١) على أحد ، فهو وغيره في هذا سواء ، وأما إذا قعد للحكم فلا يبنى أن يسلم // [ل ٢٧ أ]^(٢) على الخصوم^(٣).

123 قال الشيخ^(١) : ولا يسلم على غيرهم أيضاً لأنه جالس وغيره قائم ، وليس من السنة أن يسلم الجالس على القائم^(٢) لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : يسلم القائم على القاعد والماشي على القائم والراكب على الماشي^(٣) . . وأما إذا سلم الخصم عايه فلا بأس بأن يرد السلام ، لأن رد السلام واجب ، فلا يجوز ترك الواجب لأجل القضاء .^(٤) وقد حكى عن ابن شجاع^(٥) أنه قال : يبنى أن يقتصر على قوله : وعليك ، ولا يقول : وعليكم السلام^(٦) .

124 باب القاضى يولى قضاء بلد من البلدان

فيأتيه رجل من أهل عمله فيقرّ عنده في غير عمله بشئ .
أو يوكل عنده رجلاً في غير عمله

// [ف ٢٧ أ] قال : ولو أن رجلاً ولى القضاء على مصر من الأمصار فلم يخرج من الموضع الذى فيه الخليفة ، أو خرج فصار^(١) إلى مصر آخر غير المصر

122 (١) هذا العيوب في ف ج ، وليس في ل .

(٢) ف ، مشرقة .

(٣) ساقط من ل .

123 (١) أى مدرّس الفرح

استلذان ، ٤ بهذه السيف يسلم الراكب على الماشي ، والماشي على القاعد ، والتليل على السكّين

(٢) كذا في ف ج : ولعله أبو شعاع ، سميد بن يزيد الحيدري القتيبي . أنظر

تهذيب التهذيب ، ج ٤ ، ص ١٠١ .

(٤) ساقط من ل .

124 (١) ف : فصد .

الذى وليه ، فجاءه رجل فقال له : إن لى حقوقاً قبل الناس بالبلد الذى وليته ، وقد وكلت هذا الرجل بطلب حقوقى بذلك البلد الذى وليته ، ويقبضها والخصومة فيها ، والقاضى يعرف الموكل والوكيل ، ففى قول أبى حنيفة لا يسمع القاضى منه ولا يقبل ذلك ، وإن ^(٢) حضره الوكيل فى البلد الذى وليه أمره بإحضار بينة على الوكالة ^(٣) . وأما قول أبى يوسف فإن القاضى إذا صار إلى البلد وحضر الوكيل يريد أن يطالب بحقوق الذى وكله أنفسه له الوكالة وجعله خصماً فى حقوق الموكل . وجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن الذى يسمع ويعلمه قبل القضاء أو فى غير البلد الذى وليه ^(٤) يكون على وجه الشهادة ، ولا يكون قضاء ، لأن الشهادة لا تنتقل إلى القضاء . وقول محمد فى هذا مثل قول أبى حنيفة ^(٥) . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أنه لو لم ينفذ به [؟] على علم يكون الحق وثبوته على المدعى عليه . فى هذا الحال كان له أن يقضى بعلمه بذلك إذا تقدم عليه بالحق قبل القضاء لأنه لم يخرج من أن يكون عالماً بثبوت الحق [ل ٢٧ ب] فى حال القضاء ^(٥) .

(٢) ل أحضره الرجل فى البلد وليه الذى عليه الوكالة .

(٣) مزيد لى ب : أمره .

(٤) كذا فى ف ، ج : أما ب فهى مضطربة هنا : وعند أبى يوسف ومحمد فإن القاضى إذا صار إلى البلد أمره بإحضار البينة ، وحضر الوكيل وهو يطالب بحقوق الذى وكله أنفذ له الوكالة وجعله خصماً فى حقوق الموكل . ثم رجم محمد وقال : ليس للقاضى أن يحكم بعلمه ، وإنما هذا كان لفتى عليه السلام . وجه لأن الحائض [الحياضة ؟] قد ظهرت واشتهرت فى الحكم فلا يجوز أن يحكم بعلمه . وجه قول أبى حنيفة أن الذى سمع القاضى وعلمه قبل القضاء أو فى غير البلد الذى وليه يكون على وجه الشهادة فلا يكون قضاء أبداً لأن الشهادة تنتقل إلى القضاء . وقول محمد مثل هذا مثل قول أبى حنيفة .

(٥) ف ، ج : وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أنه لو علم يكون الحق وعلم بثبوت الحق فى حال القضاء .

125 وأما المحدود غير حد القذف وما يتعلق به حق^(١) بنى آدم فلا خلاف بينهم أن القاضى لا يحكم على أحد بعلبه ، سواء كان علم ذلك فى حال القضاء أو قبله ، لما روى عن أبى بكر وعمر وعبد الرحمن بن عوف رضى الله عنهم أنهم قالوا : لا يجوز للقاضى أن يقضى بحمد على أحد حتى يشهد معه غيره . وأما ما يتعلق به حق^(٢) بنى آدم فلا ن حقوق الناس لا يسقطها الشبه . كذلك حد القذف ، لما كان فيه حق بنى آدم ، صار مثل حقوق سائر الناس وتحصيل المذهب فى هذا أن أبا حنيفة أجاز^(٣) قضاء القاضى^(٤) بعلبه فى حال القضاء^(٥) فى حقوق بنى آدم^(٦) ولم يجره بما عله قبل القضاء^(٧) أو فى موضع ليس من [حكمه]^(٨) . وأبو يوسف أجاز قضاءه بعلبه سواء^(٩) عله فى حال القضاء أو قبله أو فى موضع لا يلى فيه^(١٠) . ومحمد لم يجر شيئاً من ذلك فى^(١١) الوجه كلها^(١٢) . وانفقوا جميعاً فى المحدود أنه لا يجوز قضاؤه بعلبه^(١٣) فى حال القضاء أو قبله^(١٤) إلا حد القذف فإنه بمنزلة سائر الحقوق على الاختلاف الذى بينا . وهذه الحقوق التى اختلفوا فيها إنما هى غير^(١٥) قبول البيئات كالوكالات^(١٦) والرصايا وعقود البياعات والإقرار^(١٧) بالنصب وسائر الحقوق^(١٨) .

126 وأما البيئات فلا يسممها إلا فى حال القضاء لأن الشهادة لا يثبت لها حكم بنفسها حتى يقضى بها القاضى . فإذا كان كذلك لم يكن لسباع البيئة // [ف ٢٧ ب] معنى فى غير حال القضاء ، وصار هو^(١) وسائر الناس فى ذلك بمنزلة واحدة^(٢) . وليس كذلك سائر الحقوق عند أبى يوسف لأن الوكالة

125 (١) ل : من حقوق .

(٢) ساقط من ف .

(٣) ف : علم ذلك قبل أو بعده .

(٤) ساقط من ف .

(٥) ل : كالأب .

(٦) ل : قضاؤه .

(٧) ف : عله . والبيان ساقط من ف .

(٨) ف : الوجهين جميعاً .

(٩) ساقط من ل .

(١٠) ف : بالمحق .

ثبتت^(٢) بنفس العقيد وكذلك عقود البياعات والنكاح والإقرار وغير ذلك من الحقوق فإنه ثبت حكمها بغير قضاء . فإذا سمع القاضى ذلك وشاهد هذه القصة وقع له العلم بثبوت الحق ، فله أن يقضى به فى حال القضاء // [٢٨٧] ^(٣) وقد بينا وجه الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف فى علم القاضى قبل القضاء إذا أراد أن يحكم به فى حال القضاء .بقى الكلام بين أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد إذا أراد القاضى أن يقضى بما عليه فى حال القضاء : إنه يجوز عندهما ولا يجوز عند محمد . فوجه قولهما إن القاضى^(٤) لو لم يقبل قوله فيما قد صح عنده^(٥) حتى يقضى به^(٦) لم يجز قضاؤه وحده حتى ينضم إليه قاض آخر كالشاهد لما لم يقطع بشهادته الحكم لم يكن لشهادته تأثير فى إثبات الحق وإنفاذ القضاء حتى ينضم إليه شاهد آخر ، فلما اتفقوا جميعاً على أن قضاء القاضى بنفسه جائز دون أن ينضم^(٧) قاض آخر إليه^(٨) علمنا أن قوله مقبول وحده^(٩) فلا يحتاج فى إنفاذ القضاء الى شيء آخر . وأيضاً لما صح عند الجميع أن له أن يسجل بالحكم الذى قد أنفذ^(١٠) من غير انضمام رجل آخر إليه ثبت أن قوله وحده مقبول على المقتضى حايه . وأيضاً فإن القاضى إذا حكم بالحق بشهادة الشهود فإنما يحكم به لوقوع العلم^(١١) به فى غالب الظن ، وإذا اتهم الشهود لم يحكم به لأنه يغلب فى ظنه أن الأمر بخلاف ما شهد به الشهود . فإذا كان كذلك وكان^(١٢) الحكم بالشهادة انما ينفذ لوقوع العلم به^(١٣) فى الظاهر فإذا أيقن ثبوته بغير شهادة كان أولى فى إنفاذ الحكم إذ الأمر فى ذلك موكل الى وقوع العلم له بما

(٢) ساقط من ف .

(٣) والجواب عن هذا لأبى حنيفة ما ذكرناه من أن علمه قبل القضاء وقع على وجه الشهادة وشهادة الواحد غير مقبولة فى حدود الأكاديمين . وأما إذا علم ذلك فى حال القضاء فإنه يجوز له أن يقضى بها فى قولهما . ووجه ما ذهب إليه القاضى والشاهد .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ل : إليه معنى آخر .

(٦) ف : تقدم .

(٧) ف : وبأن أن .

(٨) ف : جاز أن يبقى ثبوت الحق بغير شهادة كان له أن ينفذ الحكم إذا كان الأمر فى ذلك موكل الى وقوع العلم به بما يقضى به .

يقضى به ^(١٠) . وأما محمد فإنه ذهب الى أن هذا كان للنبي صلى الله عليه وسلم خاصة ، ^(١١) وأما غيره فإنه يجوز عليه الخيانة والكذب ، وعنده ^(١٢) فلا يجوز أن يقتصر على قوله احتياطاً لحقوق الناس . وقول محمد في هذا أحرط ، خاصة ^(١٣) في زماننا هذا .

127 مسألة (١)

قال : | ولا بأس أن يقبل القاضى القصص وينظر فيها لأنه ليس في هذا ^(١) اختصاص ببعض ^(٢) الخصوم دون بعض ^(٣) ، لأنه إذا نظر في قصص كل أحد لم يختص ^(٤) بها واحد دون غيره ، وصار مثل سماع البيئات ^(٥) والداوى لتساويهم في ذلك . وأيضاً فإنه يجوز أن // [ف ٢٨ أ] يكون الخصم غير قادر على عبارة ^(٦) ما في قلبه بين يدي ^(٧) القاضى لدعش ^(٨) ؛ يداخله أو حصر ^(٩) يأخذه فيكتب ذلك في القصة ليترصل به الى حقه . وما روى عن شريح أنه كان // [ل ٢٨ ب] لا ينظر في القصص ويقول : لست أقرأ الكتب ^(١٠) ، فيحتمل أن يكون ذهب الى أن النظر في القصة ^(١١) كسارته لأحد الخصمين دون الآخر ، وليس كذلك عندنا لأنه إذا لم يخص بالنظر في القصة ^(١٢) لأحد الخصمين دون الآخر لم يكن في ذلك ميل الى أحدهما دون الآخر . وإنما يكون بمنزلة سماع الدعوى والبيئة . ولما ^(١٣) ذهب اليه شريح ^(١٤) وجه صحيح ^(١٥)

(١١) ف : لأنه لم يجوز عليه الكذب والخيانة . وأما لغيره .

(١٢) ساقط من ل .

127 هذا العنوان في ف ، ج : فقط

(٢) ف : خصوصية لبعض .

(٣) ف : البيئة .

(٤) ج : عيادة . والمباراة هو التبرير أو التفسير .

(٥) ف : الحاكم لفرع .

(٦) ف : الحاكم لفرع .

(٧) ف : الكتب .

(٨) ف : ساقط من ج : لوكالة كسارته في ف : كسارته .

(٩) ف : ل : الذي

(١٠) ف : الذي

(١١) ف : الذي

(١٢) ف : الذي

مع تساويهما فيما ذكرنا من قبل أنهم لم يختلفوا أنه لا يجوز للقاضي أن يُسار^(١٢) كل واحد من الخصمين وإن كان قد وُجد تساويهما فيما ذكرنا وهو لإسار^(١٣) كل واحد منهما^(١٤). كذلك النظر في القصة يجب ألا يجوز لأنه سر وإن نظر في القصتين^(١٥) جميعاً لأن ذلك يوجب التهمة. وأيضاً فإنه يُحتمل أن يكون امتناعه من النظر لأجل أن القصة قد يقع فيها إقرار بالحق من حيث لا يشعر به كاتبها^(١٦)، فلا يأمن هو^(١٧) أن ينظر فيها فلزمه أيضاً الحكم عليه بالإقرار لأنه كان من^(١٨) مذهبه جواز الإقرار بالقصص. وأما عند أصحابنا فإنه ينظر، فإن كان ذلك على وجه الخطاب وصاحب القصة معترف بأنه كاتبها هو وجميع ما فيها حق فإنه يلزمه، وإن جحد^(١٩) أن يكون^(٢٠) كتبها أو لم يكن كذلك على وجه الخطاب لم يلزمه شيء.

مسئلة^(١)

128

{ ولا بأس أن يتخذ القاضي لنفسه جوازاً يقوم بين يديه فيؤدب من يحتاج إلى التأديب^(٢١) } لما روى قدامة بن شهاب المازني^(٢٢) قال : حدثني أم داود الوابشية^(٢٣) قالت : رأيت على رأس شريح شرطياً يسده سوط . وروى عن عمرو بن قيس أنه قال : رأيت رجلاً يقوم^(٢٤) على رأس شريح فكان إذا تقدم إليه^(٢٥) الخصمان قال : أيكما المدعى فليتكلم. قال : { ولا ينبغي

(١٣) ف : معه

(١٥) ف : فكان لا يأمن .

(١٧) ف : أنه .

(١٢) ف : يسر مع .

(١٤) ل : قصصهما

(١٦) ساقط من ل .

128 (١) هذا العنوان في ف ، ج : قطعاً (٢) مزيد هنا في ف ، ج : في ذلك .

(٣) أنظر تهذيب التهذيب : ج ٨ ، ص ٣٦٣ . ساقط من ج ، و : ل : الماري .

(٤) أنظر المصدر السابق ساقط من ف ، ج .

(٥) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ل .

للذى يقوم بين يدى القاضى أن يُسارَّ أحدًا^(٦) فى المجلس الذى يحكم فيه القاضى^(٧) { لأن هذا يوجب تهمة فى القاضى^(٨) وتصير كالرشوة^(٩) عند الناس . وأيضاً فإن هذا قائم مقام القاضى فى إنفاذ تلك الحقوق فلا يجوز له أن يسارَّ أحدًا ، كما لا يجوز للقاضى أن يسارَّه .

129

مسئلة^(١٠)

قال : { ويسوى بين الخصوم } ، وقد بينا هذا فيما تقدم لأن القاضى إذا مال إلى أحدهما انكسر قلب الآخر فلا يقدر^(١١) على // [ف ٢٨ ب] إظهار الدعوى وإثبات الحجة حسب الواجب // [ل ٢٩ أ] وقد يتسنا الحجة فى هذا من جهة الكتاب وهو قوله تعالى ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ ﴾ وقوله تعالى ﴿ فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَى ﴾^(١٢) فيه دليل على منع الميل إلى أحدهما دون الآخر . وروى عن ابن عباس أنها نزلت فى حاكم يحكم بين اثنين فيكون ليه وميله إلى أحدهما دون الآخر : وكذلك قوله فى قصة داود عليه السلام ﴿ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فى الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى ﴾^(١٣) . ومن جهة السنة حديث ثقة^(١٤) عن أبى محمد المحررى^(١٥) عن أبى بكر مولى بنى تميم عن عطاء عن أم سلمة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بين الخصوم فى المجلس والإشارة والنظر ، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين من الآخر^(١٦) . وحديث مصعب بن ثابت أن عبد الله بن الزبير غاصبه عمرو بن الزبير إلى سعيد بن العاص وهو على السرير ، قد أجلس عمر بن

(٦) ف : من الخصوم فى مجلس الحكم * (٧) وصار كالراى .

129 (١) هذا العنوان فى ف ، ج فقط . (٢) ف : يجسر .

(٣) من هنا إلى آخر هذه الفقرة ساقط من ل .

(٤) سورة النساء ، ٤ : ١٣٥ . (٥) سورة ص ، ٣٨ : ٢٦ .

(٦) ل : ج : ثقة . ولى ف : ثقة . (٧) لم أعثر على هذا الإسم .

(٨) هذا الحديث لم يرد فى وثقتك :

الوزير على السرير ، فلما جاء عبد الله ووسع له سعيد بن العاص من شقة الآخر فقال ما هنا . فقال عبد الله : الأرض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الخصمين يقعدان بين يدي الإمام . فأفادنا هذا الخبر معنيين : أحدهما التسوية لأنه أخبر أن قعود الخصمين جميعاً على الأرض من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والثاني أن من السنة قعود الخصم بين يدي القاضي أو يستندوا معه . وقصة عمر بن الخطاب مع أبي بن كعب رواها معاذ بن أسد عن ابن المبارك عن إسماعيل بن أبي خالد عن الثبجي . وروى محمد بن الحكم السمرى ^(٩) عن يعلى بن عبيد عن إسماعيل بن أبي خالد عن عامر قال : كان حائط بين عمر وأبي بن كعب ، فكانا جميعاً يدعيانه ، فاجتصبا إلى زيد بن ثابت فأتياه ، فضربا الباب ، فسمع زيد صوت عمر بن الخطاب فاستقبله وقال : ألا أرسلت يا أمير المؤمنين ؟ قال : في بيته يؤتى الحكم . أى لا يمدى الحاكم إلى بيت المحكوم له — وهذا مثل للعرب وله قصة يطول ذكرها — فلما دخل ألقى ^(١٠) وسادة فقال : ها هنا بالرحب يا أمير المؤمنين . فقال عمر : هذا أول سجورك . فجلسا بين يدي زيد فقال أبي : حائطى . فقال زيد ، يستلك على ما تقول وإلا فيمين أمير المؤمنين ، وإن رأيت أن تعفيه من ^(١١) اليمين ، فاعفِهِ ! فقال عمر : وهذا أيضاً ثانية . فقال أبي : لا بل تعفيه ^(١٢) . ونصده . فقال عمر لزيد : تقضى باليمين على ولا أحلف ؟ فهذا أيضاً أصل في وجوب التسوية بين الخصوم لأن ذلك كان // [ف ٢٩ أ] منه ، وأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين ^(١٣) فلم يشكر عليه أحد ولم يرو عن غيره خلاف ذلك أيضاً . قال : { والذي يكره للقاضي من هذا أن يكون يأذن لأحد الخصمين أن يدخل عليه في منزله دون الآخر ، فإن في ذلك مكسرة لخصمه } فأما من لم يكن له خصومة فلا بأس أن يأذن له القاضي

(٩) لم أذكر على هذا الاسم .

(١٠) ف : أله .

(١١) ف : من

(١٣) ف : متوافرون .

(١٢) يزيد هنا في ف : عن اليمين .

في الدخول عليه السلام أو الحاجة تعرض (١١) .

130 // [ل ٢٦ أ] باب اليمين

قال : { البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه } ، " وذلك لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه . وعن زيد ابن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المطلوب (١) . وروى طلحة بن عبيد الله (٢) قال : أمر النبي عليه السلام منادياً ينادى أنه لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين متهم ، وأن اليمين على المدعى عليه والبينة على المدعى . (٣) وعن سعيد بن المسيب قال : مضت السنة أن اليمين على المدعى عليه . وعن عبد الملك عن جرير بن الحصين عن عمران بن الحصين (٤) قال : أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاهدين واليمين على المدعى عليه . فهذه الأخبار كلها دالة على أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه . وقد يتنا هذه المسألة في كتاب الدعوى (٥) .

131 قال : { ولا ينبغي للرجل (١) أن يحلف على شيء هو فيه كاذب } لما روى الأعمش على شقيق عن عبد الله ، وعن أبي وائل عن عبد الله قال : قال رسول الله (٢) صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين صبر - يعني يميناً يعلم أنه فيها كذب - يقتلع بها مال امرئ مسلم لقي الله تعالى وهو عليه غضبان (٣) ، فأنزل الله تصديق ذلك (٤) ﴿ إِن الَّذِينَ يَشْعُرُونَ بِمَبْعَدِ اللَّهِ ﴾

(١٤) من ملاحظة (٣) إلى هنا ساقط من ل .

130 (١) ل : كذلك روى من النبي صلى الله عليه وسلم .
(٢) ل : عبد الله :
(٣) لم أذكر على هذا الإسناد .

(٤) ساقط من ل .

131 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : روى من النبي .

(٣) هذا الحديث بإسناد أبي وائل من جندب ، في بخاري ، أعيان ، ١٧ .

(٤) ل : وقول الله تعالى .

وأيامهم ثمناً قليلاً (٥) الآية (٦). قال (٧): فدخل الأشعث بن قيس قال :
 ما يجدكم أبو عبد الرحمن ؟ قلنا : كذا وكذا . قال : في أنزلت . كانت لي بئر
 في أرض ابن عم لي فجحدني فقال النبي صلى الله عليه وسلم « بينتك أو يمينه » .
 قال : إذا يحلف يارسول الله . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف
 على يمين صبرٍ يقتطع بها مال امرئ مسلم وهو فيها فاجر لقي الله وهو عليه
 غضبان » وفي بعض الأخبار أن الأشعث بن قيس قال : نزلت في خصومة //
 [ف ٢٩ ب] كانت بيني وبين رجل من اليهود في أرض لجحدني فقدمته إلى
 النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ألك يمينه ؟ »
 فقلت : لا . فقال لليهودي « احلف » . قال : فقلت : يارسول الله ، أتحلف (٨)
 فيذهب بمالي ؟ فأنزل الله تعالى ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ ﴾ الآية . وفي
 بعض اللفاظ قال الأشعث بن قيس : كان بين رجل منا ورجل من الحضرميين
 خصومة في أرض ، فاخصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : « بينتك أو يحلف »
 قال : إن شأن أرضي أعظم من ذلك ، ألا يحلف عليها . فقال النبي صلى الله
 عليه وسلم « إن يمين المسام من وراء (٩) ما هو أعظم من ذلك » . فلما ذهب
 يحلف قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف كاذباً أدخله الله النار » .
 قال : فقال الرجل : أصلح بيني وبينه . وفي بعض اللفاظ قال الأشعث :
 اختصم رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم
 فقال الحضرمي : يارسول الله ، أرضي في يدي هذا اختصبنيها . فقال الكندي :
 أرضي في يدي ورتها عن أبي . وذكر القصة . فأصل القصة كان للأشعث
 إلا أن اللفاظ مختلفة ، ويجوز أن يكون قصتين إحداهما في أرض والأخرى
 في بئر ، وقصة الأرض كانت له والأخرى كانت لابن عمه . وقوله إنها كانت

(٥) سورة آل عمران ، ٣ : ٧٧ .

(٦) في ل هنا : في مثل هذا أنزلت (٧) من هنا إلى آخر الفقرة ساقط من ل .

(٨) في أبي داود ، أفضية ، ٢٥ : لذا يحلف ويلعب بمالي .

(٩) ج : ذرا .

بين رجلين حضرمي^{١٠} - وكان الأشعث من كندة - وابن عمه يجوز أن يكون كذلك، والآخر كان من حضرموت فيكون توفيقاً بين الأخبار كلها^(١١).

132 قال : { وإذا تقدم الرجلان إلى القاضى فيبغى له أن يقبل على المدعى وهو صاحب الرقعة فيسأله عن دعواه ، فإن ادعى على الرجل الذى^(١) حضر معه مالا^(٢) مدانية أو قرضاً أو غصباً^(٣) أو ودیعة فإن القاضى يلبى^(٤) أن يقول للمدعى عليه : ما تقول فيما ادعى عليك هذا ؟ فإن أنكر أقبل القاضى على المدعى فمقال : قد أنكر ما ادعيت . فإن قال : استحلته ، فإنه يلبى للقاضى^(٥) أن يسأله : ألك بيعة على ما تدعى^(٦) ؟ فإن قال : نعم ، لم يستحلته على قول أبى حنيفة إذا كانت له بيعة حاضرة ، ويستحلته فى قول أبى يوسف . }

133 أما إقبال القاضى على المدعى أولاً ، فلا نعرف^(١) خلافاً بين الناس^(٢) فى ذلك وبه^(٣) جرت أحكام القضاة فى الساف والخلف^(٤) إلى يومنا هذا^(٥) . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يفعل ذلك فى قصصه^(٦) . وأما سؤاله عن دعواه فإن أباهكر رحمه الله قال : إن شاء بدأ القاضى فقال له : ما تدعى ؟ وإن شاء تركه حتى يقول المدعى . أى ذلك فعل فهو حسن . وليس هذا كالتمادة . إن الشاهد لا يشهد حتى يُستشهد ، والمدعى يدعى وإن لم^(٧) يسأل عن ذلك^(٨) // [ف ٣٠ أ] لأن الشهادة ليست حقاً للشاهد وإنما هى حق للمدعى بينهما ، فإذا^(٩) لم يستشهد القاضى لم يلبى^(١٠) له أن يشهد .

(١٠) من ملاحظة (٧) لى هنا ساقط من ل .

(٢) ف : من مدانية أو قرص أو غصب .

132 (١) ساقط من ل .

(٤) ف : يدعى عليك .

(٣) ساقط من ج .

(٢) ف : وقد .

133 ل ، ج : يعرف .

(٤) ف : قضاه .

(٣) ل : فقط .

(٦) ف ، ج : فلما .

(٥) ف : يستدع .

(٧) ف : يكن .

وبهذا^(٨) وردت السنة في ذم الشاهد الذي يشهد قبل أن^(٩) [ل ٢٩ ب] يستشهد^(١٠) والذي يحلف قبل^(١١) أن يستحلف^(١٢) وأما المدعى بالشئ^(١٣) المدعى هو حق له فله أن يدعى ويثبت دعواه ليتوصل به إلى حقه . وأما قوله للمدعى عليه : ما تقول فيما ادعى عليك هذا ، فلائه لو أقر المدعى عليه بحق المدعى لم يحتج إلى أكثر من القضاء عليه بالحق . والقاضي إذا توصل إلى إنفاذ القضاء بالإقرار لم يحز له أن يعدل منه^(١٤) إلى البينة أو العيمين لأن ذلك أسهل . وإن أنكر المدعى عليه^(١٥) حق المدعى^(١٦) أقبل حيثنذ على المدعى^(١٧) ففرقه ما سمعه^(١٨) من المدعى عليه ونظر ما يطلب^(١٩) المدعى من^(٢٠) المدعى عليه . فإن قال : أريد يمينه ، حيثنذ قال^(٢١) : ألك بينة ؟ لأن العيمين لا يثبت حكمهما مع بينة حاضرة عند أبي حنيفة فلا^(٢٢) بد للقاضي من أن يستفسره عن البينة . فإن قال : لى بينة حاضرة^(٢٣) ، لم يستحلف المدعى عليه في قول أبي حنيفة^(٢٤) . وفي قول أبي يوسف ومحمد يستحلف^(٢٥) . ووجه^(٢٦) قول أبي حنيفة^(٢٧) أن يمين المدعى عليه لا تجب مع إقامة بينة المدعى عندهم جميعاً^(٢٨) لأنه لو أقامها ، فقال المدعى عليه : أنا أحلف أن ما لهذا على^(٢٩) حق^(٣٠) ولا دعوى ولا طلبية بقليل ولا كثير لم يلتفت إلى قوله . فإذا ثبت هذا [منهم]^(٣١)

(٨) ف : ويثله .

(٩) ل : يدعى ويستشهد . (١٠) ساقط من ل .

(١١) مزيد من ل هنا : وقد بينا هذا فيما تقدم .

(١٢) ل : فالقضى . (١٣) كذا في الأصل : والصواب : منه :

(١٤) ساقط من ل : (١٥) ف : ويعرفه ما قد سمع .

(١٦) ساقط من ل : (١٧) ف : يقول .

(١٨) ف : فقال لا . (١٩) ساقط من ل .

(٢٠) ل : ويستحلف في قول أبي يوسف .

(٢١) ل : قوله . (٢٢) كذا في ل ، والصواب : حقاً .

(٢٣) غير واضحة ل ل .

كلهم^{٢٤} والمدعى قد اعترف أن له يد تحاضرة يقدر على إقامتها^{٢٥} كان ذلك إقراراً منه^{٢٥} بأنه لا يمين على المدعى عليه إذ اليمين لا يثبت حكمها مع البينة .
 ووجه قول أبي يوسف رحمه الله أن المدعى وإن اعترف^{٢٦} بأن له بينة^{٢٧} فلم يعترف بسقوط^{٢٨} اليمين عن المدعى عليه ،^{٢٨} إذ اليمين إنما تسقط عن المدعى عليه عند إقامة البينة لا عند إمكان إقامتها . والبينة ها هنا لم تقم بعد وإن كان يقدر على إقامتها ، فلا يكون معترفاً بسقوط اليمين عن المدعى عليه^{٢٩} .
 والجواب عن هذا لأبي حنيفة^{٣٠} أن إمكانه لإقامتها بمنزلة أن يقيمها . ألا ترى أنه إذا ادعى أن له شهادة حاضرة على ما يدعيه كان له أن يأخذ منه كفيلاً بنفسه حتى يحضر . فلو لا أنه قد أثر هذا وصار بمنزلة أن يقيمها ما كان له //

[ل ٣٠ أ] أخذ الكفيل عنه^{٣١} .

فصل

134

قال : { فإن رأى القاضى استحلاف المدعى عليه مع قوله إن له بينة —
 يعنى أن يكون^١ على مذهب أبي يوسف — أقبل على المدعى عليه وقال له^٢ إن المدعى يريد يمينك فإذا قال : أنا أحلف ، قال له القاضى قل : والله الذى لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة ، الرحمن الرحيم ، الطالب الغالب ، المدرك للمهلك ، الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، الكبير المتعال^٣ ، ما فلان

(٢٤) ف : وقد ثبت ذلك عندهم جيداً بالسنة والنظر . فإذا كان كذلك

(٢٥) ف : وقد اعترافه بهذا الإقرار . (٢٦) ف : بكتينة البينة .

(٢٧) ف : باسقاط . (٢٨) ساقط من ج .

(٢٩) ساقط من ف .

134 (١) ف : يفتى . (٢) ف : ومعهم به — قال المدعى عليه .

(٣) كذا في الأصل ، والصواب : المتعالي .

ابن فلان هذا عليك ولا عندك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا، ولا شيء منه ^(١) وقد بينا هذا فيما تقدم ^(٢) .

135 أما // [ف ٣٠ ب] ذكر النعوت لله تعالى دون ^(١) الاقتصار على اسمه [ف ٣٠ ب] فللتأكيد والتعظيم، لأنه إذا غُفِّرَ اليقين وعظم شأنها قلما يتجاسر عليها الإنسان. وإلا فالواقتصر على قوله : والله، كان جائزاً . وأما قوله : عليك ولا عندك، لأن معنى عليك غير معنى عندك ، ^(٢) وذلك أن ^(٣) معنى عليك أن يكون الحق عليه في ذمته ، مثل الدين ونحوه ، ومعنى عندك ^(٤) أن يكون عيناً عنده ، مثل الوديعة والنصب والمارية والإجارة ونحوها ^(٥) . فإذا ادعى عليه المدعى ديناً حلف ^(٦) المدعى عليه : ماله عليك - يعنى الدين - ولا عندك ، لئلا يكون ^(٧) الدين الذى ادعاه المدعى ^(٨) من جهة غصب والنصب قائم في يده ، فلا يكون عليه القيمة مع بقاء الدين . فلا يقتصر على قوله : عليك ، لئلا يتأول المدعى عليه فيحلف : ماله عليك ^(٩) شيء ويكون صادقاً ، لأن القيمة لا تكون عليه إلا بعد هلاك الدين ، والدين باقية هاهنا . فإذا حلفه : ولا عندك ، لم يقدر أن يتأول في ذلك شيئاً لأنه إن كان قائماً بعينه لم يقدر أن يحلف على أنه ليس هنده ^(١٠) . فإما إذا كان مستهلكاً ^(١١) فقد لزمته القيمة فلا يقدر أن يحلفه على أنه ليس عليه شيء . وأما قبلك فهو للتأكيد لأن معناه عليك ^(١٢) .

• (٤) ساقط من ف

135 (١) ل : روى

(٢) ف : عنده

(٣) ف : يحلف

(٤) ساقط من ف

(٥) ل : عليه شيء

(٦) ل : عليه

(٧) ل : لأن

(٨) ساقط من ف

(٩) ل : للمدعى

(١٠) ف : مستهلك

136 قال : { " ولا يستحلف " } : ما استقرضت منه هذا المال ^(٢) الذى ادعى وهو كذا وكذا . ولكن يحلفه فى الوديعة : ما له هذا المال الذى ادعى فى يدك وديعة ، ولا شيء منه ، ولا له قبلك حق منه { . وإنما لم يحلفه على نفس // [ل ٣٠ ب] القرض والغصب لأن فيه حيفاً ^(٣) على المدعى عليه : إذ قد يجوز أن يكون قد اغتصبه أو استقرضه إلا أنه قد رد الغصب إليه ^(٤) وأوفاه القرض ^(٥) فلا يقدر أن يحلف على أصل الغصب والقرض ^(٦) وهو برىء من حق المدعى . ولكن يحلفه ماله هذا المال الذى ادعاه وديعة فى يدك ولا شيء منه ، لئلا يتأول عليه فى التمين ؛ إذ قد يجوز ألا يكون ^(٧) " جميعه عنده ولا يكون " عنده بعض ما ادعى ^(٨) ، فإذا حلف على جميع ما ادعاه كان باراً لأنه ليس عنده جميع ما ادعاه وإذا حلفه على جميع المال وعلى أن لا شيء عنده منه ^(٩) لم يقدر أن يتأول فى مقدار ما بقى ^(١٠) فى يديه ^(١١) ويكون حائثاً متى ^(١٢) حلف . " وقوله : ولا له قبلك حق منه ، لئلا يكون أخرجه من يده — يلبغى أو هبة أو غير ذلك . فلا يقتصر على قوله : فى يديه وديعة ولا شيء منه ، حتى يقول : ولا له قبلك حق منه " .

137 قال : { وإن ادعى قبله ضيعة أو داراً أو صقاراً قال له : سم ما تدعى وحده وسم موضعه وبلده . ثم يحافه : بالله ما هذه الدار أو هذه الضيعة التى سمى وحده لفلان بن فلان هذا فى يدك ولا شيء منها ولا له قبلك منها حق ولا بسببها { . " وإنما يقول " له سم // [ف ٣١ أ] ما تدعى من الضيعة

136 (١) ف : واستحلفه

(٢) ف : حفاً

(٣) ساقط من ج .

(٤) ف : ادعاه .

(٥) ساقط من ل :

(٦) ساقط من ف .

137 (١) ف : وأما قوله : يقال .

(٢) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ل .

(٤) ف : جميع ما ادعى اليه المدعى ولكنه .

(٥) ساقط من ف .

(٦) ف : فيه لو .

وخذها وسم موضعها وبلدها ، فلأن دعوى المدعى ينبغي أن تكون معلومة^(٢) لأن دعواه ينبغي أن يكون مطابقاً^(٣) لشهادة الشهود ، فإذا لم يبين للقاضي دعواه لم يقدر على مقابلة دعواه بشهادة الشهود — هل يوافق الشهادة أو يخالف لها . فكذلك احتيج إلى كونه معلوماً . وأيضاً فإن المدعى إذا لم يكن عنده بيّنة يحلف المدعى عليه . فإذا لم يكن الدعوى عنده معلوماً لم يدر على أى شيء يحلف المدعى عليه . وليس يأمن أن يكون الحلف يقع على غير ما ادعى المدعى . وإذا صار الدعوى معلوماً حلف المدعى عليه على نفس دعوى المدعى . فهذا قاعدة كون دعوى المدعى معلوماً^(٤) . إن معرفة العقار^(٥) والأرضين والضياع^(٦) لا يكون إلا بالحدود والصفة لأنه لا ينقل ولا يحول ولا يقدر القاضي أن يعرفه إلا من هذه الجهة . وأما إذا كانت^(٧) الدعوى فى عرض أو جارية^(٨) أو غير ذلك مما ينقل أو يحول فإن القاضي يأمر المدعى عليه أن يُحضّر الشيء المدعى إذا أقر أنه باقى بيده ليقع^(٩) [ل ٣١ أ] الشهادة والحكم على العين دون غيرها . ثم يحلفه : بالله ما هذا الغلام لفلان بن فلان هذا ولا شيء منه ، لأنه يجوز أن يكون^(١٠) بعض الغلام المدعى هو له ، فإذا حلف : ما له هذا الغلام ، فقد برىء من دعواه^(١١) وقد ذهب بحق المدعى . فيكون فيه حجب^(١٢) عليه . فلا بد من أن يحلفه : ولا شيء منه ، حتى يستحق المدعى ذلك البعض الذى له من العبد إذا نكل المدعى عليه عن البين . وذلك لأن القاضي

(٢) كما فى الأصل . يظهر أن الكتاب يذكر كلمة الدعوى أولاً ما كن عدة من هذه الفقرة .

(٣) هذه الفقرة مختصرة فى ل مكذبا : حتى تقع الشهادة هل مثله إذا كانت له بيّنة وتقم المقابلة به . وإن لم يكن بيّنة حلف المدعى عليه على نفس ما ادعى . ولو لم تكن الدعوى عنده معلومة لم يدر القاضي على أى شيء يحلف المدعى عليه ، لذا لا يأمن أن يقع الحلف [فى الأصل : الخلاف] على غير ما ادعى المدعى ولا يدرى ماذا وقعت الشهادة . فينبغي أن [كلمة غير واضحة] من حالة حتى يحقق الدعوى ويصير معلوماً عنده . وقد بينا هذا فيما تقدم .

(٤) ف : كان .

(٥) ساقط من ف

(٦) ل : بعضه فيكون بارأ فى يمينه .

(٧) ساقط من ف

(٨) ل : حلف .

منصوب لإيصال ذوى الحقوق إلى حقوقهم ، فلا يلغى له أن يميل إلى أحد الخصمين ويحيف بالآخر ويحجه .

138 قال : { وإن كان هذا العرض الذى يقدر على تحويله منيَّب^(١) عن القاضى فأراد استخلافه عليه^(٢) فإن القاضى يقول للدعى : سم الجارية التى تدعى وانسبها إلى جلدتها وسم قيمتها { . أما تسمية الجارية ونسبتها إلى المجلس الذى هى منه^(٣) فلا أنه حتى تحصل الدعوى فى معلوم^(٤) وأما معرفة مقدار القيمة فلأن الذى يحصل للدعى عند صحة دعواه ها هنا هو القيمة إذا عين غير قادر عليها فلا بد من معرفة مقدار^(٥) القيمة . فإذا كان كذلك يحلف^(٦) المدعى عليه : بالله ما نسلان بن فلان هذا فى يدك هذه الجارية التى ذكر ولا شيء منها — لأنه يجوز أن يكون بعض الجارية له وإن لم يذكرها^(٧) — ولا هى له عليك ولا قبلك ولا قيمتها التى سمى^(٨) وهو كذا وكذا ولا شيء من قيمتها .

139 // [ف ٣١ ب] قال الشيخ^(١) : هذا إذا لم يدع المدعى بقاء الجارية فى يد المدعى عليه^(٢) فيحتاج له ويحلفه^(٣) على عين الجارية وعلى قيمتها وعلى أن لا شيء من الجارية عليه ولا عنده ، لأنه يحتمل أن تكون الجارية باقية فى يديه فلا تلزمه القيمة ، فإذا حلفه^(٤) أنه لا شيء عليه كان صادقاً ، فيحلف على عين الجارية أيضاً^(٥) . ويُقتصر فى ذلك على عين واحدة لأن الدعوى واحدة^(٦) . قال الشيخ رحمه الله : إذا ادعى أن الجارية باقية فى يده فإن المدعى عليه يُحلف

- 138 (١) كذا فى ف ، و : ل : عين . ولعل الصواب : منيَّباً .
(٢) ساقط من ف .
(٣) ف : للحصول الدعوى معلوماً .
(٤) ل : غير .
(٥) ل : حلف .
(٦) ف : يمكن كلها له .
(٧) مزيد فى ل : تدعى .

- 139 (١) أى مدعى شرح الجساس .
(٢) ف : ويحلف .
(٣) ف : حلف .
(٤) ساقط من ف .
(٥) مزيد هنا فى ف ، ج : ويمكن الانقصار على عين واحدة .

على ^(٦) هذه الدعوى ^(٦) أولا ، بالله ما هذه الجارية التي يدعيها هذا الرجل باقية في يديك ^(٧) . فإن نكل عن اليين ^(٨) لزمته دعوى المدعى فيؤثر مـ بإحضارها ثم يخاصم فيها على عيناها . وإن حلف يرى من دعوى المدعى أن الجارية باقية ، فيخاصم ^(٩) // [ل ٣١ ب] حيثئذ على الجارية المالك على ما بينا . لأن هاتين ^(٩) خصومتان ^(١٠) [أحدهما كون الجارية المدعاة في يده والثانية أن الجارية ملك له ، فيخاصم أولا في كون الجارية باقية في يده أو غير باقية ، فإذا فرغ منها حيثئذ يخاصمه ^(١١) في كونها ملكا له أو ليست ملكا له .

١٤٠ فصل ^(١)

قال : { وإن ادعى أنه اشترى من هذا هذه الضيعة التي حدثها الأول إلى كذا والرابع أو الدار التي حدثها ^(٢) الأول كذا والرابع ^(٣) أو الجارية التي صفتها ^(٤) كذا وسمى الثمن وأنكر المدعى عليه أن يكون باعه وأراد استحقاقه على ذلك فإن أبا يوسف قال : إن قال المدعى عليه ما بعته هذه الضيعة ولا هذه الدار ولا هذه الجارية حلفته ^(٥) : بالله ^(٥) ما بعته ذلك بهذا الثمن الذي ادعى . ولم يجعل أبو يوسف هذا كالنصب والقرض ، إنه لم يختلف على أصل القرض والنصب وإنما حلفه على ثبوت الدين والقرض ^(٦) في حال الدعوى ، وكذلك في النصب ، وأوجب اليين في البيع على ^(٧) أصل العقد { .

- (٦) ف : هذا .
(٨) ل : الدعوى .
(٩) في ل : هنا مقطع غير مقروء كذا . كـ .
(١٠) ف : يخاصم .

١٤٠ هذا العنوان في ف ، ج : فقط .

- (٢) ل : كذا : كلمة الرابع هنا تفيد وصف الحدود من الحد الأول إلى الرابع .
(٣) ل : يصفها .
(٤) ف : حلفه .
(٥) ساقط من ف .
(٦) ساقط من ل .
(٧) ف : في .

141 قال الشيخ رحمه الله ^(١) : والفرق بينهما أن القرض والنصب ليسا بمقد والمدعى هو ثبوت الضمان ، فيحلف على ثبوت ^(٢) الضمان في الحال ، وأما البيع فهو عقد ، فإذا كان الشيء المدعى ها هنا عقداً جاز له الاقتصار على أصل العقد ، وإن كان ^(٣) يجوز أن يلحقه الفسخ ^(٤) بعد صحته لأن الفسخ ^(٥) يكون عقداً ثانياً . فما ^(٦) لم يعرض المدعى عليه ^(٧) للقاضي بذلك ^(٨) لم يعدل عن اليمين ^(٩) على أصل العقد . فإذا عرض له وقال : قد يبيع الرجل الشيء ثم يرجع إليه بإقالة أو فسخ يبيع بوجه من الوجوه وأنا أكره ^(١٠) أن أقربشني عندك أيها القاضي فيلزمني به حكم ، فإن القاضي يستحلفه : بالله ما بينك وبين ^(١١) [ف ٣٢] هذا الرجل يبيع تام ^(١٢) قائم الساعة فيما ادعى عليك ؟ كما قلنا في القرض والنصب . وقال الحسن بن زياد : أحلف المدعى عليه على هذا الكلام الأخير عرض الخصم أو لم يعرض ، كما قالوا في القرض والنصب . قال صاحب التعليل ^(١٣) : وهذا أحوط للمدعى عليه لأن في اليمين على الأصل حيفاً على المدعى عليه وميلاً إلى المدعى . ولا ينبغي للقاضي أن يميل إلى أحد الخصمين دون صاحبه ^(١٤) ويجب عليه التسوية بينهما في الحكم . ومسائل هذا ^(١٥) [ل ٣٢ أ] الباب تدل على أنه لا فرق بين البيع وبين النصب والقرض في هذا لأنه ^(١٦) قد ذكر بعد ^(١٧) هذا مسائل موصى فيها بين العقود وغير العقود في إيجاب اليمين إذا كان الشيء مما يجوز إبطاله بوجه من الوجوه ، فلا فرق إذا بين البيع والنصب . وإن على القاضي أن يحتاط في ذلك ويفعل ما هو أحوط لحقوقهم . فإذا كان

141 (١) ساقط من ل

(٢) ل : كان قد

(٣) ل : فاج : قلنا

(٤) ف : الثمن

(٥) ساقط من ف

(٦) ف : الآخر

(٧) ف : وجوب

(٨) ل : الشيخ

(٩) ساقط من ف

(١٠) غير واضحة في ل

(١١) لعله معروض الفرج

(١٢) ساقط من ل

كذلك قلنا في مسألتنا إنه يحلفه إن شاء : بالله ما هذه الدار شراء لهذا الرجل ^(١٣) الساعة بما ادّعى من الثمن ^(١٤) وإن شاء حلفه : بالله ما هذا البيع الذي ادّعى عليك في هذه الدار قائم له فيها الساعة بهذا الثمن الذي ادّعه ^(١٥) . واللفظان جميعاً مرويان عن الحسن ^(١٥) بن زياد ^(١٥) . واللفظ الأول قبيل التعريض وبعده مروى عن أبي يوسف .

مسألة ^(١٦)

142

قال : { وإذا أدعت المرأة أن زوجها طلقها ثلاثاً ، أو ادعت جارية أن مولاهما أعتقها ، أو ادعت امرأة نكاحاً على رجل وادعت صداقها ، أو رجل ادعى على امرأة أنها امرأته ، وأراد المدعى أن يحلف عليه ، ^(١٧) كيف يحلفه ؟ قال : أما ^(١٨) في الطلاق فإنه يحلف الزوج : بالله ما طلقها ثلاثاً في هذا النكاح الذي تدعى أنك مقیم معها عليه . وإن شاء حلفه : بالله ما هي طالق منك ثلاثاً كما ^(١٩) ادعت . وقال الحسن : يحلفه : بالله ما هي بائن منك اليوم بثلاث تطليقات على ما ادعت . وإن ادعت واحدة حلفه : بالله ما هي طالق منك اليوم واحدة ^(٢٠) على ما ادّعت . وإن شاء أسقط اليوم وحلفه : بالله ما هي طالق منك واحدة ^(٢١) . فذكر هاهنا اليمين على أصل ^(٢٢) الطلاق وقيدته ^(٢٣) بهذا النكاح إذا شاء ، وإن شاء حلفه على بينوتها منه في حال الدعوى . ولم يخرجه إلى أبي يوسف . ثم ذكر قول الحسن على ما بينا . وكل واحدة من هذه الالفاظ يجوز الاقتصار عليها ههنا ، لأنه إذا حلف بالله ما طلقها ثلاثاً في هذا النكاح الذي يدعى أنه مقیم معها عليه ،

(١٤) ل : ولي ما ادّعه .

(١٣) ساقط من ف .

(١٥) ل : فقط .

(٢) ل : فان .

142 (١) ق : فقط .

(٤) ساقط من ل .

(٣) ف : بما .

(٥) عوضاً عن هذه الكلمة في ل : هل الحرف على سا .

(٦) ف : ويبدو .

لم يقدر بحلف على ذلك وهي بائمة منه في الحال ، إذ قد حلف أنه لم يطلقها في هذا النكاح // [ف ٣٢ ب] الذي هو مقيم معها عايه^(٧) فإن كان قد طلقها قبل ذلك كاذباً فلا يجوز الاقتصار على الحلف بالطلاق لحسب^(٨) .

وأما ذكر النكاح الذي هو مقيم معها عايه فلاته يجوز أن يكون قد طلقها قبل هذا النكاح ثم تزوجها ، فإذا حلفناه على الطلاق فقط لم يقدر أن يحلف عايه وإن كانت // [ل ٣٢ ب] غير بائمة منه في الحال فيكون في ذلك حيف على الزوج ، فلا بد من ذكر النكاح المقيم معها^(٩) عليه . وأما الحلف على الطلاق^(١٠) في الحال^(١١) فهو يسن على ما قال ، وهو أقطع للثمة ، وليس فيه^(١٢) خلاف بينهم أنه جائز بخلاف للتصمين جميعاً . وأما العتق في الأمر فهو مثل الطلاق سواء^(١٣) ، وكذلك العتق في العبد الذي ، لأن هذه الحرية يجوز أن يطرأ عليها^(١٤) الرق بالردة والسبي في الجارية^(١٥) وينقض الغلام الذي العهد^(١٦) ^(١٧) ويلحق الدار فيسبي^(١٨) فيكون^(١٩) مثل الطلاق الذي^(٢٠) يبطل حكمه بنكاح مستقبل فيحلف على كون الحرية في الحال أو على وقوع العتق في الملك الذي هو مقيم عايه على ما قلنا في الطلاق . وأما إذا كان الغلام المدعى للعتق مسلماً فإنه يجوز الاقتصار على اليقين في أصل العتق لأن حرية المسلم لا يطرأ عليها الرق^(٢١) ولا يجوز^(٢٢) استرقاقه بالردة والسبي ، وإثبات العتق مرة واحدة يوجب ثبوته في جميع الأحوال . فإن شاء حلفه بالله ما أعفته على ما ادعى من

(٧) ساقط من ف .

(٩) ساقط من ل .

(٨) ساقط من ف .

(١١) ساقط من ف .

(١٠) ف : في هذا اللفظ .

(٣) ف : وينقض العهد في الغلام الذي .

(١٢) ف : عايه .

(١٤) ساقط من ف . ولعل المعنى : رجوعه إلى دار الحرب فيسبي بعد ذلك .

(١٦) مزيد هنا في ف ، ج : يجوز أن .

(١٥) ف : لصار ..

(١٧) ف : إذا لم يجوز .

١٣٨ غير تقييد^(١٨) كالمالك ولا غيره ، وإن شاء حلفه بالله ما هو حر الساعة على ما ادعى . وكلا^(١٩) اللفظين جائز^(٢٠) ، يجوز الاقتصار على كل واحد منهما دون الآخر .

143 قال : { وأما في النكاح فإنه يحلف الزوج بالله ما هذه المرأة امرأتك بهذا النكاح الذي ادعت ولا لها قبلك هذا الصداق الذي ادعت وهو كذا وكذا ولا شيء منه . ويحلف المرأة : ما هذا زوجك على ما ادعى } . وهذا قول أبي يوسف ومحمد لأنهما يريان اليقين في النكاح ،^(٢١) فأما على قول أبي حنيفة فإنه لا يحلف عليه لأنه لا يرى جواز النكاح باليقين^(٢٢) .

144 قال : { ويحلف في الإجارة^(٢٣) : بالله ما بينك وبينه إجارة في هذا الذي ادعى قائمة تامة لازمة^(٢٤) اليوم ولا له قبلك فيها حق بالإجارة التي وصف^(٢٥) } لأن الذكاح والإجارة يجوز عليهما البطلان فيحلف على ثبوتهما في الحال كما قلنا في الطلاق والنسب والقرض^(٢٦) والبيع ونحوها^(٢٧) . { وإن كانت الدعوى في القصاص يحلف على الحال أيضاً : بالله ما له عليك دم ابنه^(٢٨) فلان ، أو دم عبده فلان ، أو دم وليه فلان ، ولا له قبلك حق بسبب هذا الدم الذي ادعاه ولا يحلفه : ما قتل ابنه^(٢٩) ولا عبده^(٣٠) ، لأن الرجل قد يقتل الرجل بحق من جهة قصاص وجب له^(٣١) عليه ، أو يقتله في حال الردة ،

(١٨) ف : حين نفسه . ج : غير تفسير . وزيد هنا في ل مقطوع غير مقروء .

(١٩) ساقط من ل .

(٢٠) ساقط من ف ، ج .

143 (١) ل : وأبو حنيفة لا يراه ذلك .

144 (١) ل : وأما في الإجارة فإنه يحلف .

(٢) ل : فله .

(٣) ف : وصفت .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ف .

(٦) ل : أبيه .

(٧) ف : أباه .

(٨) ساقط من ل .

(٩) ساقط من ف .

لأن القصاص يجوز عليه // [ف ٣٣ أ] البطلان بالعفو والصلح. // [ل ٣٣ أ]
وهذا المعنى يدخل فيه الصبي وغيره ، والمعنى الأول خاص بالبالغين المكلفين دون
غيرهم ، لأن الصبي لا يقتل بالردة ولا يقتص منه ^(١) بالقتل ، والذي يسقط
عن قاتل الصبي القود ، والعفو أو الصلح من وليه .

145 قال ^(١) : { وأما إذا كان القصاص فيما دون النفس فإن الولي وإن
لم يملك ضرر القاطع ليد الصبي عن القطع ^(٢) فإنه يجوز صلحه عنه على مال ،
فيجوز البطلان عليه من هذه الجهة { . فلذلك يحلف ^(٣) فيما دون النفس في
الجنائية على الصبي على ثبوت الحق في حال الدعوى قال ^(٤) : { وأما إذا كانت
الجنائية خطأ فإن المدعى هو المالك، فيحلف : بالله ما لفلان هذا عليك هذا الحق
الذي ادعى ^(٥) من هذا الوجه الذي ادعاه ولا شيء منه . ويسمى الدية والأرش
عند ^(٦) العيين . { ^(٧) كذا قال الخصاص ^(٨) ، وذكر { قول أبي يوسف { بعد
هذا { أن كل حق يجب على غير المدعى عليه مثل قتل الخطأ فإن أسحلف
المدعى عليه : بالله ما قتل ابن هذا فلاناً ، وفي الشجة أسحلفه : بالله ما شجعت
هذا ^(٩) هذه الشجة ^(١٠) لأنني لا آمن ^(١١) أن يتأول أن الحق في ذلك إنما يجب على
الماثلة . فإذا حلفته : بالله ما له قبلك هذا الحق ولا شيء منه تخلف عليه على
ذلك التساويل ^(١٢) فهو صادق ، وما كان يجب عليه ، فإن أحلفه على
ما فسرنا ^(١٣) .

(١) ساقط من ف .

145 (١) ساقط من ل .

(٣) ف ، ج : لم يحلف .

(٥) ف : ادعاه

(٧) ف : فقط .

(٩) ب : لأنه لا يأمي ،

(٢) ل : الفاعل .

(٤) ساقط من ل .

(٦) ف : غير .

(٨) ساقط من ل .

(١٠) ف : كان صادقا ،

146 قال الشيخ : والأمر على ما قال أبو يوسف ^(١) لأن المدعى عليه صادق فيما يحلف إذ الشيء على غيره . فقلت ^(٢) له : إذا حلفه القاضي : ولا شيء منه ، لم يقدر أن يحلف أيضاً على ذلك لأنه ^(٣) كواحد من العاقلة وقد لزمه بعض الدية فليس يقدر أن يحلف على أن لا شيء عليه . فقال الشيخ ^(٤) : ليس يقتصر في الدعوى على ذلك القدر اليسير . ألا ترى أنه لو أقر بذلك القدر لم يبرأ من دعوى المدعى حتى يحلف ؟ والصواب أن يحلف على ما قال أبو يوسف لأنه إذا ثبت القتل عليه وجبت الدية ، قلت له : والذي قال أبو يوسف أيضاً فيه حلف على المدعى عليه لأنه قد يقتل الرجل الرجل ^(٥) خطأ فبرأ عاقلته من الدية بالعفو والبراءة ، ^(٦) فقال : هذا أيضاً لا يمكن اعتباره لأننا لو اعتبرنا ذلك أذى إلى إسقاط الحقوق وذلك لا يجوز ^(٧) .

147 قال : {ولو أن امرأة ادّعت على زوجها أنه حلف بطلاقها ثلاثاً أنه لا يدخل هذه الدار وأنه دخلها بعد البين ، وسأل // [ل ٣٣ ب] القاضي الزوج ^(١) عن دعواها ، فإن قال الزوج : قد حلفت بطلاقها ثلاثاً أني لا أدخل هذه الدار ولم أدخلها بعد البين ، حلفت ^(٢) : بالله ما دخلت هذه الدار بعد ما حلفت بطلاق امرأتك هذه ثلاثاً أن لا تدخلها . وإن قال ما حلفت بهذه البين ولا دخلت هذه الدار حلفته بالله يمينا واحدة : ^(٣) ما هذه ^(٤) المرأة بائن منك بثلاث تطايعات على ما ادّعت . فإن // [ف ٣٣ ب] قال : لم أحلف بهذه البين وأما الدار فقد دخلتها ، حلفت ^(٥) : بالله ما حلفت بطلاق امرأتك

146 (١) ساقط من ف .

(٢) ل : قليل . للحدث هنا أحد تلامذة الجصاص .

(٣) ساقط من ل .

(٤) ل : لأن الرجل .

(٥) ف ٠ ج : فقط .

(٦) ساقط من ف .

(٧) ف : حلف .

147 (١) ساقط من ف .

(٢) ف ، ج : أحلفه .

(٣) ساقط من ل .

هذه ثلاثاً أن لا تدخل هذه الدار قبل أن تدخلها { . وجلة الأمر في هذا أن المطلوب من هذه الدعوى الطلاق من جهة اليمين . فإن اعترف باليمين وأنكر وجود الشرط حلف على وجود الشرط المعلق به الطلاق . وإن اعترف بالشرط وأنكر اليمين حلف على أصل اليمين . وإن أنكر الأمرين جميعاً حلف على وقوع الطلاق من جهة اليمين التي ادعت المرأة لتتوصل المرأة بذلك إلى حقها . وإن شاء حلفه في هذا كله : بالله ما هذه المرأة طالق ^(٥) منك ثلاثاً بهذه اليمين التي ادعت ، لأنه لا يأتي بهذا على ما تريد المرأة ^(٦) ، ^(٧) والعق في الأمة والعبد الذمي مثل هذا ويقع اليمين على الحال والعق ما هنا لا يجوز عليهما الفسخ فصار مثل سائر الحقوق التي يتنا^(٨) .

148 قال : { ولو اختلف البائع والمشتري في مقدار ^(١) الثمن فإنهما يتحالفان ويبدأ بتحاييف ^(٢) المشتري فيحلفه على دعوى البائع ، فإن نكل عن اليمين لزمه دعوى البائع . وإن حلف استحلف ^(٣) البائع على ^(٤) دعوى المشتري فإن نكل عن اليمين لزمه دعوى ^(٥) المشتري ، وإن حلف برىء من دعواه { . وقد بينا هذه المسئلة في غير موضع من الأصول قال : { ولا ينقض القاضى البيع بينهما بعد التحالف حتى يطلب^(٦) ذلك أو يطلبه أحدهما { ، لأنه يجوز ^(٧) أن يرجع أحدهما إلى قول الآخر ويصدقه فيمضى البيع بتصادقهما عليه .

فصل

149

قال : { ولو كان المدعى اذمى نكاح الصغيرة على الأب وأنكر الأب

(١) ف : الأمة .

(٥) ل : طالقاً .

(٧) ساقط من ل .

(٢) ف : باليمين . ج : بيمين .

148 (١) ساقط من ف .

(٤) ف : حق .

(٣) ساقط من ف .

(٦) ساقط من ف .

(٥) ف : يطلب .

ذلك استُحلف^(١) الأب على دعواه عند أبي يوسف ومحمد . وإن كانت كبيرة لم يستحلف^(٢) عندهم جميعاً { لأنه إذا كانت المنكوحة صغيرة فإقرار الأب عليها بالنكاح جائز ، فيجوز أن يؤخذ بالنكول عندهما . وإن كانت كبيرة لم يجوز لإقرار الأب عليها في النكاح } [ل ٣٤ أ] وكذلك لا يؤخذ بالنكول عندهما أيضاً . { ولو كانت المنكوحة أمة المدعى عليه استُحلف على دعوى الزوج عندهما } ، لأن إقراره جائز عليها بالنكاح . { قال محمد : ولو أن رجلاً حلف بعق هبده أن^(٣) لا يزني أبداً فقدمه العبد إلى القاضي فقال : إن هذا حلف بعق أن لا يزني أبداً وإنه قد أتى الذي حلف عليه بعد يمينه وقد حدث وعتقت فاستحلفه على ذلك ، فإن القاضي يحلف المولى : ما زنت بعد ما حلفت بعق عبيدك هذا الأرمي^(٤) ، فإن نكل عن اليمين عتق^(٥) عليه الغلام ، وإن حلف^(٦) لم يكن شئ^(٧) } . وقد بينا مسألة اليمين بالعق فيما // [ف ٣٤ أ] تقدم . وهذه مثل تلك إلا أن هاتنا جعل شرط العتق الزنا وهناك الدخول ، فيحلف^(٨) على وجود الشرط ، فإن حلف يرى . وإن نكل^(٩) عن اليمين^(١٠) لزمه العتق .

150 قال الشيخ^(١) رحمه الله : أليس يكون العبد قاذفا بهذا ؟ قال : نعم ، لأنه وإن لم يصرح بالقذف بالزنا قد أتى بما يكون به قاذفاً ، لأن قوله : قد أتى الذي حلف عليه - والمحلف هو الزنا - فقد قذفه بالزنا^(٢) .

- | | |
|-----------------------|-------------------------|
| 149 (١) ل : استعطفه . | (٢) ل : يستعطفه عليه . |
| (٣) ساقط من ل . | (٤) ل : الأمر له . |
| (٥) ف : أعقق : | (٦) ف : فلا شئ . عليه . |
| (٧) ل : فيحالف . | (٨) ساقط من ل . |

150 (١) أحد تلاميذ الجصاص ومدرس هذا الشرح .
(٢) ل : فإن قيل أليس العبد قد صار صادقاً لولاه بهذا القول ، قيل له فإن قيل نعم فكون قاذفاً بهذا القول وإن يصرح بالزنا فإنه قد أتى بما يكون به قاذفاً لأن قوله قد أتى الذي حلف عليه إنما هو الزنا فقد قذفه .

الآزى أن رجلا لو قال لرجل : أنت زان ، فقال رجل آخر : صدقت ، إن المصدق له يكون (٣) قاذفا مع الآخر أيضا ، وللمقذوف أن يطالب كل واحد منهما بحد القذف وإن لم يصرح المصدق بالزنا ؛ كذلك هذا (٤) . (٥) إلا أن غرض محمد غير الحد فلذلك لم يبين حكم القذف . وحكمه أن المدعى عليه المتق إن حلف على دعوى العبد يرى من دعواه وله أن يطالب بحد القذف ، وإن نكل عن اليمين عتق العبد ولم يكن له أن يطالب العبد القذف لأن النكول يقوم مقام الإقرار ، فلا يجب على قاذفه الحد مع حكمنا بوجود الشرط ، وهو الزنا ، وإن لم يجب عليه حد الزنا لأن حد الزنا لا يجب عليه بأقراره ، فالنكول ليس بأكثر من إقراره مرة واحدة ، فلا يجب على المولى بهذا حد الزنا (٦) .

مسئلة (١)

161

{ (١) ولو أن رجلا } اشترى من رجل جرابا مرويّا (٣) على أنه عشرة أثواب وقبضه المشتري فوجده أحد عشر ثوبا ، ثم اختلفا فقال البائع : بعتك هذا الجراب على أنه فيه عشرة أثواب // [ل ٣٤ ب] بمائة درهم ، وقال المشتري : بل اشتريته منك على أن فيه أحد عشر ثوبا بمائة درهم ، فأراد كل

(٣) ساقط من ف .

(٤) ف : ما ذكرنا مثله .

(٥) هذه الفقرة مضطربة في ل وهي هكذا : إلا أن عبدا لم يبين هذا لأن غرضه كان غير ذلك عتق العبد وإن نكل عن اليمين بينى المولى ولم يكن له أن يطالب العبد لأن الحد لأن النكول يقوم مقام الإقرار فإن حلف على دعوى العبد يرى من دعواه وله أن يطالبه بحد القذف ولا يجب على المولى حد إذا نكل لأن النكول لا يكون أكثر من إقراره مرة واحدة ، ولو أقر مرة واحدة لم يجب عليه الحد وكذلك هذا .

(٦) مزيد هنا في ف ، ج : جملة تتألف من المتق ما سلف وهي : ولأن يطالب العبد

المتق بحد القذف .

161 (١) هذا العنوان في ف ، ج : نقط . (٢) ل : وقال رجل .

(٣) ف : مرويّا .

واحد منهما استخلاف صاحبه على ما ادعى ، فإن الفاضى يخاصف البائع : بالله ما باعه هذا الهرا ب على أن فيه أحد عشر ثوباً بهذا الثمن الذى ادعى . فإن حلف على ذلك رد المشتري على دعوى البائع ، وإن نكل عن اليمين لزمه دعوى المشتري { . ولا يشبه هذا اختلاف الباعين فى البيع أو الثمن وإذا لم يدّع واحد فساد البيع وإنما اختلفا فى الساعه والثمن ^(٤) . إنهما يتحالفان ويتراذان ويبدأ يمين المشتري ، ^(٥) ولا يشبه هذا أيضا دعوى أحدهما فساد البيع والآخر صحته . إن القول قول من يدعى الصحة ^(٦) وذلك لأن بين المشتري ليس للبائع فيها حق فى صحة البيع وفى مسئلتنا أن ^(٧) المشتري لو نكل عن اليمين لزمه بيع عشرة أثواب من أحد عشر ثوباً - وهى مجهولة - فيفسد البيع ولا يستحق البائع عليه الثمن ^(٨) ، وإن حلف برىء من دعوى البائع [ف ٣٤ ب] ولا يستحق البائع عليه شيئاً من الثمن بهذه اليمين . ^(٩) وفى مسئلة اختلاف الباعين إذا لم يدع واحد منهما فساد البيع يكون للبائع حق فى يمين المشتري ^(١٠) ، لأن المشتري متى نكل عن اليمين لزمه البيع بما قال البائع فيجب عليه نقد الثمن إلى البائع . فلذلك حلف المشتري هاهنا ، ولم يخلف فى مسئلتنا . وأما الفرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة دعوى أحدهما الفساد والآخر الجواز أن مدعى الفساد لم يدع هناك بدعواه ^(١١) شيئاً غير فساد العقد ليعود الشيء إلى ملكه على ما كان عليه . وفى مسئلتنا : البائع وإن ادعى فساد البيع ببيعه ^(١٢) عشرة أثواب من أحد عشر ثوباً ، فإنه يدعى أن الثوب الحادى عشر لم يخرج من ملكه ولم يبعه فلا يجوز أن يجعل القول قول المشتري ويحكم على البائع ببيع ثوب لم يعترف ببيعه . فلذلك قلنا فى مسئلتنا أن ^(١٣) قول المشتري غير مقبول ^(١٤) وإن ادعى صحة البيع ، وقلنا فى مسئلة دعوى أحدهما فساد البيع أن القول قول من يدعى الصحة .

(٤) ساقط ، ن ف .

(٤) ف : واليمين .

(٥) ف : لا غنى من الثمن .

(٦) ف : لأن .

(٨) ل : ولا يكون له فى ذلك حق وفى يمين المشتري .

(٩) ل : من يبعه .

(١٠) ل : هيأه .

(١١) ف : القول لا يكون قول المشتري .

{ ولو أن رجلاً في يده عبد [ل ٣٥ أ] أو دابة ^(١) أو عرط من العروض وادعاه رجلان ، كل واحد منهما يقول . هولى ، وقدمهما جميعاً إلى القاضي ، فسأله القاضي عن دعواهما فأقر بذلك لأحدهما وجحد الآخر ، فأراد ^(٢) القاضي استهلافة على دعواه ، فإن الخصم في ذلك المقر له ^(٣) به { .

153 قال الشيخ : هذا النوع من المسائل على ثلاثة أوجه منها أن يكون الشيء في يده على غير وجه الوديعة والغصب ^(١) فيكون القول قول من في يده الشيء ^(٢) ولا يلزمه الضمان في قولهم جميعاً . ومنها أن يكون الشيء في يده على وجه الوديعة ^(٣) فإذا أقر به لأحدهما دون الآخر ضمن قيمته الآخر إذا نكل عن البين وتسلم العين إلى المقر له عند محمد ، وعند أبي يوسف لا يضمن لغير المقر له شيئاً كما قال في المسئلة الأولى . ومنها أن يكون الشيء في يده غصباً فإذا أقر به لأحدهما يجب عليه تسليمه إليه ويضمن قيمته للآخر إذا نكل عن البين عندهم جميعاً . أما وجه المسئلة الأولى وهى التى يكون الشيء في يده على غير وجه الوديعة والغصب مثل أن يموت الرجل فيترك وديعة إنسان في يد وارثه فلا يكون الوارث مودعاً لأن صاحب الوديعة لم يستحفظه ، ومثل ثوب ألقته الرياح في دار إنسان ، إنه يكون في يد صاحب الدار لا على وجه الوديعة والغصب ، فيجوز إقراره به لأحدهما ^(٣) دون الآخر ^(٢) فلا يلزمه للآخر شيء ولا يمين عليه أيضاً ما لم يطلب الآخر يمينه من وجه آخر عندهم جميعاً . وذلك لأن الأيدى فى الأموال ^(٤) [ف ٣٥ أ] إنما هى على أحد وجهين : أمانة

(٢) ل : فأراد من .

162 (١) ف ٢ جارية .

(٢) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ف .

153 (١) ساقط من ل .

(٤) ف : الأصول .

(٢) ساقط من ف .

وضمان . فبد الأمانة لا تضمن^(٥) المؤمن الشيء في يده^(٦) إلا بالمخالفة أو
تضييع الحفظ ، وبد الضمان يكون الشيء مضموناً عليه ما لم يرتفع القبض
أو يبرته صاحبه من الضمان . ومثلتنا قد خلت من هذين الوجهين جميعاً^(٧)
لأن الشيء ليس في يده على وجه الأمانة حتى يكون ضامناً بتضييع الحفظ
عند إقراره به للغير ، لأن صاحب الشيء لم^(٨) يجعله أميناً وحافظاً له فلا يكون
مضيقاً للحفظ بإقراره للغير ، فذلك لم يلزمه للآخر شيء .

154 وأما مسألة الوديعة فمحل الخلاف : جعلها أبو يوسف مثل هذه المسئلة
فلا يلزم المسقر للآخر بشيء ، وجعلها محمد مثل النصب في باب وجوب الضمان
للآخر وجه قول أبي يوسف اتفاهم^(٩) [لـ سب] في المسئلة الأولى على أن الذي
في يده الشيء لم يلزمه للآخر بإقراره به للأول . والمعنى فيه أنه أقر^(١٠) في مال
الغير ، والإنسان لا يضمن بإقراره في مال الغير وإنما^(١١) ضمن بالتسليم . ألا ترى
أن زيداً لو كان له في يد عمرو عبد فأقر به لخالده لم يلزمه شيء ، ولو أخذه
وسلبه إلى خالد لزمه ضمانه^(١٢) ؟ فقد بان لك أن الإنسان لا يضمن بإقراره في مال
الغير وإنما^(١٣) ضمن بالتسليم . في مثلتنا هذه لم يكن من المسقر أكثر من القول
فلا يجوز أن يضمنه قيمة العين للآخر بالقول بدلالة إقراره بما في يد الغير لغيره
وإقراره بما في يده على غير وجه الوديعة والنصب لغيره . وأما محمد فإنه ذهب
إلى أن المودع قد ضيع الحفظ [لثاني^(١٤)] حين أقر بالوديعة للأول ، والمودع
يلزمه «ضمان الوديعة» بتضييع الحفظ عندهم جميعاً ، لأنه ضمن حفظ الوديعة
حين قبلها . فإذا كان كذلك^(١٥) يلزمه الضمان الثاني في هذه المسئلة من هذا

(٦) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ل .

(٧) ف : لا .

(٢) ل : ضمان .

145 (١) ف : إن .

(٤) في الأصل : الثاني .

(٣) ف : لأن .

(٦) ساقط من ل .

(٥) ل : والبيان .

الوجه . وفي المسئلة الأولى لم يلزمه شيء لأنه لم يقبل من صاحبه حفظ الشيء ، إذ لم يستحفظه في ذلك ، فلا يكون بإقراره به ^(٧) لغيره مضيقاً لحفظ الشيء ، فلذلك افترقا .

155 وأما مسئلة الغصب ^(٨) فإن الغاصب يضمن فيه ^(٩) قيمة العين للثاني إذا نكل عن التمين أو أقر به للثاني عندهم جميعاً ^(١٠) ، لأن ضمان الغصب يتعلق بنفس القبض دون الإقرار ، فهو لما اعترف بالعين للأول وجب عليه تسليمها إليه ، وعليه القيمة للثاني إذا نكل عن التمين أو أقر بها للثاني ، لأن الثاني ادعى عليه ضمان العين بنفس القبض ، فإذا نكل عن التمين صار معترفاً بأن الضمان الذي يجب ^(١١) عليه بالقبض لم ^(١٢) يرتفع عنه إذ المغصوب لم يرد ^(١٣) [ف ٣ ب] على صاحبه ^(١٤) ، وضمان الغصب لا يرتفع إلا ببرد العين أو قيمتها إلى صاحبه ^(١٥) . وأما مسئلة الوديعة فإن المودع لم يكن قبضه ^(١٦) الوديعة [ل ٣٦ أ] مضموناً عليه ، فلا يكون اعترافه بالوديعة للثاني بعد الإقرار بها للأول اعترافاً بوجوب الضمان عليه للثاني ، فقد سوى بين الوديعة ^(١٧) والغصب في الجواب وإن كان قد خالف بينهما في المعنى لأنه أوجب على المُسَيِّقِر الضمان للثاني في الوديعة ^(١٨) لتضييع الحفظ ، وفي مسئلة الغصب لإقراره بحصول الضمان عليه بنفس الغصب كما قال ^(١٩) أبو يوسف ^(٢٠) . فإذا كان هذا على ما وصفنا وبأن للزوج المسائل الثلاث كلها واختلافها في المنهج رجعت إلى مسئلتنا فقلنا إن المدعى ليس ^(٢١) بينه وبين المقر خصومة ، وخصومته مع المقر له بالشيء لأن المقر

(٧) ساقط من ل ، ج .

(٢) ساقط من ف .

155 (١) ساقط من ل .

(٤) ف : يعلق .

(٣) ساقط من ل .

(٦) ف : ما حجه .

(٥) ف : ولم .

(٨) ف : قبض .

(٧) ل : صاحبه .

(١٠) ل : عليه السلام .

(٩) ساقط من ل .

(١١) ف : ليس له .

لو أقر له بالشئ الذى كان فى يده أيضاً لم يلزمه به شئ ، فلا غائدة فى خصوصته إياه فى ذلك .

156 قال الخصاف رحمه الله : { فإن قال الذى جحد للقاضى : إنما أخرجته من يدي بأقراره به لهذا ليدفع اليمين عن نفسه ، فحلفه بالله مالى ^(١) قبله ولا عليه هذا المملوك ولا قيمته ، لأنه إذا أتلفه بأقراره وجبت لى عليه قيمته ، فإن القاضى يستحلفه له ^(٢) على ذلك } .

157 قال الشيخ : احتلال الخصاف بأنه أتلفه بأقراره خطأ لأن عندهم جميعاً لا يكون ضامناً فى هذه المسئلة بأقراره بالشئ الذى فى يده لأول لما يتنا ، وهذا التعليل خطأ . فقل له . لم يأت الخصاف بهذا على وجه التعليل وإنما قال ذلك ^(١) حكاية عن الخصم ، ^(٢) لو قال الخصم : هذا يلغى للقاضى أن يحلفه . فقال : لو لم يكن عنده أن هذا يتعلق به الضمان لثانى ما أورده ولم يجعله حجة للخصم فى إيجاب اليمين على المقر ، وهذا ليس بشئ لأن اليمين لم يلزمه بهذا لما يتنا من مذهبهم جميعاً وإنما لزمه ^(٣) لدعوى الخصم ^(٤) بضمان الشئ على المقر . ألا ترى أنه لو قال للقاضى : حلفه بالله مالى قبله ولا عليه هذا المملوك ، وهو لا يطلب منه اليمين على هذا الوجه ، إلا وقد ادعى عليه الضمان بوجه من الوجوه ليس من جهة الإقرار ؟

158 قال : { ولو اعترف الخصم أن الشئ فى يده على وجه الغصب والوديعة لم يحلف القاضى المقر على دعوى الخصم { لما يتنا أن المقر لا يلزمه شئ بأقراره به ^(١) للثانى إذا كان الشئ فى يده على غير وجه الوديعة والغصب .

(٢) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ل .

156 (١) ل : ل .

157 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : الدعوى .

158 (١) ساقط من ل .

قال : { ولو // [ف ٣٦ أ] [ل ٣٦ ب] كان العبد في يده وجدهما جميعاً فطلباً^(١) منه اليمين^(٢) كل واحد منهما يقول^(٣) : استخلفه لي ، يعني على كونه مضموناً^(٤) ، فإن القاضى يحلفه لكل واحد منهما على دعواه . فإن بدأ بأحدهما فذلك جائز . وإن تشاحا^(٥) في ذلك أقرع بينهما فن خرج سهمه أولاً بدأ به { .

160 قال الشيخ : وإن شاء بدأ بأحدهما إذا تشاحا^(١) ولم يقرع بينهما لأنه لا يقدر على^(٢) أن يحلفه لهما في حال واحدة ، والأمر إليه في قطع الخصومة ، ولا بد له من البداية بأحدهما فأيهما بدأ فذلك جائز . وأما القرعة فهي لتطليب^(٣) نفوس الخصوم^(٤) وزوال التهمة عن القاضى بالميل إلى أحدهما .

161 قال " الخصاص رحمه الله " : { فإن نكل عن اليمين لأحدهما فدفعه القاضى إليه فقال الآخر : استخلفه لي فإنما اختار هذا ليدفع اليمين عن نفسه بذلك ، فإن القاضى يستخلفه : بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهي^(١) كذا وكذا ، ولا أقل من ذلك { . أما اليمين فإنما يلزمه لدعوى الثانى بالضمان عليه أو نفس العبد على وجه الوديعة أو النصب . وأما إذا لم يدع هذا^(٢) فإنه لا^(٣) يجب على المدعى عليه اليمين . فإذا^(٤) حلفه : بالله ما لهذا عليك هذا^(٥) ، فالمراد به : عليك تسليم العبد ، لأن العين لا^(٦) تكون مضمونة^(٧) على الإنسان

159 (١) ف : يمينه . (٢) ساقط من ل .

(٣) مزيد هنا في ف ، ج : لا يمتا . (٤) ل : فاحا .

160 (١) ل : فاحا . (٢) ساقط من ف .

(٣) ل : النفوس .

161 (١) ساقط من ل . (٢) ل ، ف : وهو .

(٣) ف : لم . (٤) ف : وإنما .

(٥) ف : يكون مضموناً . (٦) ف : العبد .

إلا على^(٧) وجه ضمان القيمة أو تسليم العين ، فإن حلف فلا شيء عليه لأنه قد برى من دعواه . وإن نكل عن اليمين ألزمه القاضي القيمة للثاني^(٨) لأن النكول^(٩) بذل للشيء^(١٠) المدعى به . وأما تقدير القيمة مع القيمة مع كون العبد معلوماً فلأن القيمة هي المدعاة إذا لم يكن عين العبد باقية ولا بد من مقدار الشيء^(١١) المدعى لتحصّل^(١٢) الدعوى^(١٣) معلومة دون مجهولة^(١٤) .

162 قال^(١٥) الخصاص رحمه الله^(١٦) : { ولو كان المدعى عليه قنمه^(١٧) الرجلان إلى القاضي فادعى كل واحد منهما العبد أو الأمة فأقرّ به لأحدهما أو نكل عن اليمين له ، فصار العبد المقر له به^(١٨) أو التاكل^(١٩) عن يمينه ، فقال الآخر : حلفني بالله ما هذا العبد لي ، فإني لا أحلفه على ذلك لما بيننا فيما تقدم } . وقد بين // [ل٢٧] الخصاص بهذا أن اليمين في المسائل الأولى^(٢٠) ، إنما وجبت على المدعى عليه ليكون الثاني مدعياً للعبد على وجه النصب والضمان . قال^(٢١) : { وحكم الأراضين والعقار وغير ذلك في هذا^(٢٢) كحكم العروض التي بينا حكمها } .

163 قال : { ولو قال كل واحد منهما : يمت هذا العبد بألف درهم ، وأدعى أحدهما أنه باعه منه بألف درهم ، وقال الآخر : بمائة دينار ، // [ف ٣٦ ب] استحلّفه لكل واحد منهما فإن نكل عن اليمين لها ألزمه لكل واحد منهما الثمن الذي ادّعاه } ، من قبل أن قبض البيع^(٢٣) يشبه قبض الغصب لأن الشيء مضمون بنفسه في^(٢٤) يد المشتري للبائع^(٢٥) ، كما هو مضمون على الغاصب

(٨) ساقط من ف .

(١٠) ل : للمدعى لنصل .

(٧) ساقط من ل .

(٩) ف : بدل الشيء .

(١١) ف : معلوم دون مجهول .

(٢) ل : ما جاء .

(٤) ف : الأول .

(٦) ف : هذا الحكم .

(١) ساقط من ل .

(٣) ف : والثاني بكل .

(٥) ساقط من ف .

(٧) ل : ضمان المصترى القديم .

(١) ف : الشيء .

للغصوب منه . فإذا ادعى كل واحد من المدعين قبض الشيء على وجه البيع
لزمه (٣) لكل واحد منهما اليمين على ما ادعاه . فإن حلف برىء ، وإن نكل
(٤) عن اليمين (٥) لزمه دعوى صاحبه وهو جميع الثمن ، لأن المبيع مسلم إليه
فيستحق كل واحد من الباعين جميع الثمن ، وصار كأنه أقر لكل واحد منهما
بشراء جميع العبد وقبضه منه ، فيحكم عليه لكل واحد منهما بجميع الثمن . فإن
حلف لأحدهما ونكل عن اليمين للآخر برىء من دعوى المحلوف له ولزمه
دعوى الآخر كما قلنا في النصب وسائر الدعاوى . وفي مسألة الوديعة والعارية
والنصب قد بينا فيما سلف ، وبيننا الخلاف في مسألة الوديعة ، والعارية مثلاً (٦) .
والذي معناه (٧) قول محمد دون قول أبي يوسف ، وقول أبي يوسف على ما بينا
وعلمته ما ذكرنا .

مسئلة

184

{ ولو أن رجلاً قدم رجلاً إلى القاضى فادعى أن له (١) عليه ألف درهم باسم
رجل يقال (٢) له فلان بن فلان للفلاى ، وأن هذا المال له ، وأن فلان بن فلان
الذى المال باسمه أقر بأن المال له وأن اسمه عارية له في ذلك وأنه قد وكله بقبض
ذلك والخصومة فيه ، فإن القاضى يسأل المدعى عليه عن هذه الدعاوى (٣) ،
فإن أقر بجميع ما ادعى عليه (٤) المدعى أمره بدفع المال إليه . ولم يكن ذلك قضاءً
على الغائب } . والأصل في هذا أن المدعى قد ادعى ما هنا ثلاثة أشياء ،

(٤) ساقط من ل .

(٣) ف : يلزمه .

(٥) ل : معها .

(٦) ف : معناه في الكتاب . لاستعمال كلمة ممن بمعنى آمن أنظر قاموس دوزى .

والحنى درسناه .

(٧) ل : فقال .

184 (١) ساقط من ف .

(٤) ساقط من ف .

(٣) ف : المدعى .

أحدهما^(٥) إقرار الغائب بالمال له ، والثاني الوكالة // [ل ٣٧ ب] من جهة الغائب في القبض والخصومة ، والثالث ثبوت المال على المدعى عليه الحاضر . فالتقاضى إذا سمع هذه الدعاوى من المدعى لم يكن له بد من أن يسأل المدعى عليه عنها . فإن أقرّ للمدعى^(٦) بجميع ذلك ثبتت الوكالة والخصومة^(٧) في قبض^(٨) الحق المدعى عليه^(٩) ، وإن لم يصدقه على الغائب لأن قول الإنسان مقبول على نفسه^(١٠) غير مقبول^(١١) على غيره ، فتحت^(١٢) إقرار المدعى عليه بالوكالة في القبض للمدعى معنيان^(١٣) أحدهما على نفسه^(١٤) والآخر على الغائب ، وهو مصدق على نفسه غير مصدق على الغائب . والذي على نفسه كون المدعى خصماً في قبض المال منه ، والذي على الغائب أن المدعى أمينه وأن الغائب متى ما جاء لم يكن له سبيل عليه — أضى على // [ف ٣٧ أ] المدعى عليه — ولا على المدعى لو هلك المال في يده^(١٥) فيصدقه^(١٦) على نفسه بأن المدعى قد استحق قبض المال .^(١٧) ولا يصدقه^(١٨) على الغائب . وأما تصديقه للمدعى بإقرار الغائب له بالمال فلا معنى له هاهنا لأنه لا يثبت^(١٩) الملك له^(٢٠) بهذا إذ هو غير مصدق على الغائب^(٢١) فلا يكون لتصديقه فائدة وتمتين^(٢٢) .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ل ، ج : المدعى . (٧) ف : في الخصومة .

(٨) كذلك في ج ، و ل : حتى هذا المدعى عليه . ولعل الصواب : الحق المدعى به .

(٩) ف . وإن لم يتبل .

(١٠) غير صحيحة في ل ، و ل ، ج فيجب ولعل الصواب كما أثبتنا .

(١١) ل : معنيا .

(١٢) ل : وهو كون المدعى خصماً في قبض المال منه والثاني على الغائب أن المدعى أمينه وأن الغائب متى جاء لم يكن له سبيل على المدعى والمدعى عليه لو هلك المال في يده .

(١٣) ف : فيصدقه على نفسه فإن . (١٤) ف : ولم يصدقه .

(١٥) ف : له هلك المال ، (١٦) ساقط من ف .

165 قال : { وإن جحد الدعوى كلها فقال المدعى للقاضى : حلفته ، فإن القاضى يكلف المدعى البينة على ما ادعى من إقرار الرجل بالمال ومن توكيله إياه بقبض ^(١) }.

كذا قال الخصاف ولم يكشف عن هذا الموضع بأكثر من هذا . ^(٢) هكذا ذكر في الكتاب . قال الشيخ ^(٣) : يجوز الاختصار على إقامة البينة على الوكالة من جهة الغائب لأن الذى يكلفه القاضى من البينة هاهنا لأجل إثبات نفسه خصما عن الغائب لأنه لو لم يثبت هذا لم يكن له أن يخاف ^(٤) الذى عليه الدين ^(٥) فى إثبات المال ، لأن المدعى عليه إذا لم يقر للدعى بالوكالة بالقبض لم يكن بينه وبين المدعى خصومة ، لأن رجلا لو جاء إلى رجل فادعى أنه وكيل فلان الغائب فى قبض ماعليه ، وأنكر المطلوب وكالته لم يكن بينهما خصومة حتى يثبت المدعى الوكالة ، فإذا أثبت الوكالة كان خصما فى القبض . كذلك مسئلتنا : // [ل ٣٨ أ] المدعى لا يكون خصما حتى يثبت الوكالة ، فإذا ثبتت الوكالة كان له أن يخاف المدعى ويقم عليه البينة فى إثبات المال المدعى ويستحلفه عليه أن لم يكن له بينة ، وليس يحتاج إلى إقامة البينة على إقرار الغائب له بالمال فى هذا لأن القاضى لا يحكم له بالمال على الغائب وإن أقام البينة على ذلك ^(٦) لأنه غائب لا يصح القضاء عليه ^(٧) لأن البينة غير مقبولة على الغائب ^(٨) فلا إقرار ^(٩) مع غيبة المقر . ^(١٠) فالذى يحتاج ^(١١) فى الفصل الأول إنما هو إقامة البينة على اثبات ^(١٢) الوكالة ، فإذا ثبتت الوكالة كلف حينئذ بإقامة البينة على إثبات المال على المدعى عليه . فإذا أقام البينة على ذلك قضى على المدعى عليه بتسليم المال اليه ، ويكون هذا وكيل الغائب فى الخصومة وقبض المال . وليس للغائب إذا

165 (١) ل : هـ هـ .

(٢) ف : المدعى عليه .

(٣) ف : بالإقرار .

(٤) ساقط من له .

(٥) ف : وعنى أنه .

(٦) ساقط من ف .

(٧) ل : أن له .

حضر أن يرجع على المدعى عليه بشيء من المال لأن القاضى قد قضى عليه
بشء من المال لأن القاضى قد قضى عليه بالتوكيل لهذا المدعى وإن كان غائبا.
وذلك أن^(٨) من أصل^(٩) أصحابنا أن كل حق لا يصل الحاضر الى اثباته إلا
بإثبات الحق على الغائب^(١٠) فإن الحاضر يكون^(١١) خصماً عن الغائب فى اثبات
الحق المدعى ويكون القضاء على الحاضر قضاء على الغائب .

166 قال الشيخ^(١) رحمه الله : ولا أعرف بين أصحابنا خلافا فى هذا ،
فإذا كان كذلك قبلت بينة الوكيل على إثبات المال على المدعى // [ف ٣٧ ب]
عليه وأمر^(٢) بتسليمه اليه وإن لم يحكم^(٣) له بالمال^(٤) على الغائب .

فصل^(١)

167

قال { وإن لم يكن للمدعى^(٢) يئنه على المال وأراد استحلاف المدعى عليه
على ذلك فإن القاضى يحلفه : بالله ما للفلان بن فلان الفلانى ولا باسمه عليك^(٣) هذا
المال الذى سماه فلان وهو ألف درهم ولا أقل منها { . أما استحلاف المدعى
عليه^(٤) على ثبوت المال فلأن المدعى قد أثبت لنفسه الخصومة فى ذلك حيث^(٥)
أقام البينة على الوكالة فى القبض ، فله أن يحسب المدعى عليه على دعواه إن لم
يكن له يئنة على ذلك . وأما قول القاضى : بالله ما للفلان ولا باسمه عليك هذا
المال ، وإن كان المدعى يدعى المال^(٦) لنفسه ، فإنه لا يجوز الاقتصار على قوله
بالله ما لهذا المدعى عليك // [ل ٣٨ ب] شيء ، لأنه يقدر أن يتأول فى ذلك
فيخرج من اليمين مع ثبوت المال^(٧) المدعى عليه لأن الذى ولى عقد المداينة

(٨) ساقط من ل .

(٩) كذا فى الأصل ، والمراد : الأصول . (١٠) ف : كان الحاضر .

166 (١) لعل هذا هو مدرس شرح الجصاص . (٢) ف : ويؤمر .

(٣) ف : عليه بالملك .

167 (١) هذا العنوان فى ف ، ج نكط . (٢) ل : للمدعى عليه .

(٣) ف : حين . (٤) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ف . (٦) ل : حال .

كان الغائب فيكون الدين له دون المدعى^(٧) ولو كان هذا وكيهه في القبض^(٨) . فإذا حلف : بالله ما لهذا المدعى على شيء ، كان صادقاً في ذلك^(٩) فلهذا قلنا إنه يحلفه^(١٠) : ما لفلان الغائب ولا باسمه عليك^(١١) هذا المال^(١٢) ، فيحتاط في حق^(١٣) المدعى من حيث لا يقدر أن يتأول عليه . وأما تقرير المال فلحصول الدعوى في^(١٤) معلوم دون مجهول^(١٥) لأن الدعوى على مجهول والخصومة فيه غير مقبولة . فإن حلف برىء من دعوى المدعى والغائب جميعاً من هذه الجهة ، لأن المدعى خصم عن^(١٦) الغائب إذ قد ثبتت الوكالة من جهته إلا أن يقيم المدعى أو الغائب بيئته على ثبوت المال^(١٧) عليه فيقضى له^(١٨) بذلك لأن الحلف لا يدفع قبول البيئته^(١٩) عليه بعده^(٢٠) .

168 قال^(١) : { وإن أقام المدعى البيئته على الوكالة دون الإقرار بالمال فهو خصم } ، يعني في إثبات المال على المدعى عليه ، لما بينا ، { ويحلفه على ذلك أن من لم يكن له بيئته عليه^(٢) } لأنه خصم في إثباته . قال : { فإن أقام بيئته على الإقرار^(٣) ولم يقم البيئته على الوكالة فلا خصومة بينهما^(٤) } ، يعني في إقامة البيئته على المدعى عليه في إثبات المال عليه للغائب لأن الوكالة لم تثبت فلا تثبت له الخصومة في ذلك وعليه أن يثبت أو لا الوكالة من جهة الغائب حتى يصير خصماً في إثبات المال^(٥) ثم يخاصم في إثبات المال^(٦) وله أن يستحلف المدعى عليه : بالله ما تعلم أن الغائب قد وكّلتني بهذا .

(٧) ف : وإن كان عليه له على وجه الوكالة .

(٨) ساقط من ف .

(٩) ف : فيقضى .

(١٠) ل : سلومة دون مجهولة .

(١١) ف : فقد احتاط الحق .

(١٢) ف ، بذلك فيقضى عليه .

(١٣) ل : على .

(١٤) ساقط من ف .

(١٥) ساقط من ل .

168 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : بين المدعى والمدعى عليه .

(٣) ف : إقراره .

(٤) ساقط من ل .

169 ذكر الخصاف قول أبي يوسف وحده . وقال الشيخ رحمه الله :
هو قول أصحابنا^(١) . فإن نكل عن اليمين يعني في الوكالة ، جعله القاضي خصماً //
[ف ٢٨ أ] له في استحقاقه على المال ، إن جحد ، وفي أخذه منه ، إن كان
مقرراً به ، ولم يكن ذلك قضاء على الغائب إلا أن يكون قد أقام البينة على إقرار
الغائب له بالمال . أما جعل القاضي المدعى^(٢) خصماً للمدعى عليه في استحقاقه
على إثبات المال ، وإن لم يقبل بيته على ذلك إن أقامها على الوكالة^(٣) ، لأن المدعى
ها هنا ليس بمخضم عن الغائب في حق الغائب // [ل ٣٩ أ] وإن كنا قد جعلناه خصماً
مع المدعى عليه لأن نكول المدعى [عليه] عن اليمين في الوكالة^(٤) لا يلزم الغائب
وصار كأنه أقر للمدعى بوكالة عن الغائب فيقبل إقراره على نفسه وإن لم يكن^(٥)
يقبل على الغائب^(٦) . وليس كذلك إثبات الوكالة بالبينة لأنه حينئذ يكون وكيلًا
عن الغائب إذ البينة مقبولة على الوكالة مع غيبة الموكل ويكون ذلك قضاء عليه
بالوكالة . فإذا كان كذلك قلنا إن الوكالة إذا ثبتت بالبينة كان الوكيل خصماً عن
الغائب في إثبات المال على المدعى عليه بالبينة وباليمين جميعاً ، وإذا ثبتت
الوكالة بنكول المدعى عليه عن اليمين أو بإقراره فإن الوكيل لا يكون خصماً في
إقامة البينة على المدعى عليه في إثبات الحق وله أن يستحلفه على ذلك لأن
البينة لا تقبل إلا على خصم حاضر ، والمدعى ليس بمخضم ها هنا عن الغائب
إذا لم يثبت الوكالة من جهة الغائب بالبينة وإنما تثبت فيما بينه وبين المدعى عليه
بإقراره أو نكوله عن اليمين . واليمين يحوز أن تقبل لأن اليمين ها هنا حق
للمدعى على المدعى عليه لأنه لو^(٧) أقر بما ادعاه^(٨) كان يلزمه تسليمه إليه . فإذا
كان له فيها^(٩) حقاً كان له استحقاقه على ذلك .

169 (١) ل : وهذا قولهم جميعاً .

(٢) ل : للمدعى .

(٣) ف : بيته الوكالة .

(٤) ل : الزكاة له .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ق : هل هنا مزيد : يخلوه .

(٧) ل : لزماً ادعى .

(٨) ساقط من ل .

170 قال الشيخ^(١) : نظير هذا ما قالوا في الرجل إذا ادعى داراً في يد رجل وحددها الحدود الأربعة ووضعها وادعى أنها له ، فأقر المدعى عليه بكون الدار في يده ولم يقر له بالملك ، فأراد المدعى إقامة البينة على كونها ملكاً له ، فإن القاضي لا يلتفت إلى بينته في هذا حتى يقيم البينة على كون الدار في يد المدعى عليه وإن أقر المدعى عليه بذلك لأن المدعى عليه ليس بخصم في قبول البينة عليه وإن قبل إقراره على نفسه ، لأنه^(٢) يجوز أن يكون هذا حيلة منهما حتى يقضى القاضي للخارج بالدار بالبينة فيكون ذلك قضاء على صاحبها إن قبلت^(٣) بينته . فإذ ذلك لم يقبل بينة المدعى على كون الدار ملكاً له ، وله أن يحلف الذى الدار في يده : بالله ما تعلم // [ل ٣٩ ب] أن هذه الدار لى ، لأن نكوله وإقراره بذلك لا يعدو إلى غيره وإنما يلزمه في نفسه ، وغيره إذا ادعى وأقام البينة على ملك^(٤) الدار كان أولى . فلا^(٥) يكون // [ف ٣٨ ب] هذا قضاء^(٦) على الغائب^(٧) وفي قبول البينة عليه قضاء على الغائب . وإن كان المدعى عليه قد أنكر أن تكون الدار في يده حلف على ذلك : بالله ما هذا الدار اتى يدعى^(٨) هذا المدعى^(٩) في يدك ؟ فإن حلف برى ، وإن نكل عن البين صح كون الدار في يده ويكون المدعى عليه خصماً في استحقاقه على كون الدار ملكاً للخارج ولا يكون خصماً في قبول البينة عليه بملك الدار لأنه ليس في البين قضاء على غير التناكل عنها^(١٠) . وفي قبول البينة قضاء عليه وعلى غيره . وإن أقام^(١١) المدعى للدائر^(١٢) بينة على كونها^(١٣) في يد المدعى عليه صار خصماً في إقامة البينة عليه بملك الدار وفي استحقاقه على ذلك لأنه قد أثبت الخصومة

170 (١) لعله يعنى الشارح .

(٣) ف : قبل .

(٥) ل : من لا .

(٧) مكروى ل .

(٩) ف : مدعى الدار .

(٢) ف : لا .

(٤) ج : تلكه .

(٦) ف : عن الغير ، ج : على الغير .

(٨) ل : عنها .

(١٠) ب : كون الدار .

مع المدعى عليه بإقامة البينة على كون الدار في يده .^(١١) فستلنا مثل هذه بيمينها^(١٢) : المدعى يكون خصماً في استخلاف^(١٣) المدعى عليه . على إثبات المال ولا يكون خصماً في إقامة البينة عليه بذلك إذا كانت وكالته إنما تثبت بنكول المدعى عليه عن العيين أو بإقراره ، وإذا أثبت وكالته بالبينة كان له^(١٤) خصماً في إثبات المال على المدعى عليه بالبينة^(١٥) وبالاتخلاف^(١٦) جميعاً .

171 قال الخصاف { ألا ترى أن رجلاً لو ادعى أن رجلاً يقال له فلان ابن فلان وكله بطلب كل حق له^(١٧) على هذا الرجل وأن عليه ألف درهم ، فقال المدعى عليه^(١٨) : أما^(١٩) الوكالة فقد وكله^(٢٠) وأما ما يدعى من هذا المال فلا حق له على من ذلك ، فإن قال المدعى : أنا أقيم البينة على أن هذا المال عليه ، لم يكن خصماً في ذلك وإنما هو خصم إن أقر بشيء أمره القاضي بدفعه إليه ، وإن لم يقر وأراد استخلافه حلفه ، فإن جاء الناعب بعد ذلك فأنكر أن يكون وكل هذا فالقول قوله وله أن يستخلف المدعى عليه على المال فلا يعتد // [ل . ١٤٠] بذلك الاستخلاف الذي كان حلفه^(٢١) مدعى الوكالة { فكذلك مسئلتنا وقد بينا ذلك^(٢٢) .

مسئلة^(١)

172

{ ولو أن رجلاً قدّم^(٢) رجلاً إلى القاضي فادعى أن أباه فلان بن فلان توفي ولم يترك وارثاً غيره وله على هذا كذا وكذا من المال ، وقال للقاضي :

(١٧) ل : استخلافه .

(١٨) ل : البينة .

(١٩) ف : مثل هذا .

(٢٠) ساقط من ف .

(٢١) ف ، ج : وبالاتخلاف .

(٢٢) ساقط من ل .

171 (١) ل : هو له .

(٢) ل : الوكالة يعتد .

(٣) ف : المدعى بالوكالة . والوجه فيه ما ذكرنا فيما سلف .

172 (١) هذا العنوان في ف ، ج فقط . (٢) ل : أقدم .

سُئِلَهُ عَنْ دَعْوَايَ، فَإِنْ الْقَاضِي يَسْأَلُهُ عَنْ ذَلِكَ فَإِنْ أَقْرَبَ بِمَا ادَّعَى عَلَيْهِ كُلَّهُ وَصَدَّقَهُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ أَلْزَمَهُ الْقَاضِي ^(٣) بِمَا أَقْرَبَهُ وَأَمَرَهُ بِالْدَفْعِ إِلَيْهِ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ مِنَ الْقَاضِي حَكَمًا ^(٤) عَلَى الْآبِ { . وَذَلِكَ أَنَّ الْوَارِثَ لَا يَثْبُتُ لَهُ قَبْضُ الْمَالِ وَلَا مِلْكُهُ ^(٥) إِلَّا مِنْ جِهَةِ الْمَيِّتِ، فَصَارَ الْمَيِّتُ هَاهُنَا كَالْغَائِبِ هُنَاكَ وَالْوَارِثُ كَالْوَكِيلِ . فَإِنْ قِيلَ: أَلَيْسَ الْوَارِثُ لَوْ جَاءَ قَادَعَى عَبْدًا فِي يَدَيَّ رَجُلٍ أَنَّهُ لَلْمَيِّتِ مَاتَ // [ف ٣٩ أ] وَتَرَكَ مِيرَاثًا لَهُ فَصَدَّقَهُ الَّذِي الْعَبْدُ فِي يَدَيْهِ، إِنَّهُ ^(٦) يُؤْمَرُ بِتَسْلِيمِ الْعَبْدِ إِلَى الْمَدْعَى، وَفِي الْوَكِيلِ لَوْ جَاءَ وَادَّعَى أَنَّ الْمُرْدِعَ قَدْ وَكَّلَهُ ^(٧) بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ فَصَدَّقَهُ الْمُرْدِعَ فِي الْوَكَالَةِ وَكَوْنِ الْعَبْدِ لِلْغَائِبِ ^(٨) لَمْ يُؤْمَرِ الْمُرْدِعَ ^(٩) بِتَسْلِيمِ الْعَيْنِ ^(١٠) إِلَى الْوَكِيلِ؟ فَسَلِمَ ^(١١) قُلْتُ هَاهُنَا كَذَلِكَ وَفَرَّقْتُ بَيْنَ الْوَارِثِ وَالْوَكِيلِ؟ قِيلَ لَهُ: لِأَنَّ لِلْمَالِ فِي هَذِهِ الْمَسْئَلَةِ دَيْنَ وَلَيْسَ بَعِيْنٌ وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ الْوَارِثِ وَالْوَكِيلِ فِي بَابِ أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَأْخُذُهُ يَأْخُذُهُ مِنَ مَلِكِ الْمَدْعَى عَلَيْهِ لِأَنَّ الَّذِي فِي ذِمَّتِهِ هُوَ ^(١٢) هَذِهِ الْعَيْنُ الَّتِي يُسَلِّمُهَا إِلَى الْوَكِيلِ أَوْ الْوَارِثِ عَنْ ^(١٣) الْغَائِبِ أَوْ الْمَيِّتِ إِنَّمَا يُسَلِّمُهَا عَنْ الدِّينِ الَّذِي فِي ذِمَّتِهِ، فَذَا كَانَ الْمَالُ ^(١٤) الْمَأْمُورُ بِتَسْلِيمِهِ إِلَى الْمَدْعَى فِي الرَّجْهَيْنِ جَمِيعًا مِنْ مَلِكِ الْمَدْعَى عَلَيْهِ، وَهُوَ الْمُقْرَبُ، جَازَ لَهُ أَنْ يَأْمُرَهُ بِذَلِكَ لِإِقْرَارِهِ بِوُجُوبِ التَّسْلِيمِ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ مَسْئَلَةُ الْعَبْدِ لِأَنَّ عَيْنَ الْعَبْدِ قَدْ اتَّفَقَ الْوَكِيلُ وَالْمُرْدِعُ جَمِيعًا عَلَى أَنَّهُ مَلِكُ الْغَائِبِ، فَأَقْرَارُ الْمُرْدِعِ بِوَكَالَةِ الْوَكِيلِ فِي الْقَبْضِ غَيْرُ مَقْبُولٍ عَلَى الْغَائِبِ فَلَا يَرْجِبُ ذَلِكَ زَوَالَ مَلِكِ ^(١٥) الْغَائِبِ عَنْ الْعَيْنِ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَأْمُرْهُ الْقَاضِي بِتَسْلِيمِ

-
- | | |
|----------------------|-------------------------------------|
| (٤) ل : ح ك م | (٣) مزيد هنا في ل : إقراره . |
| (٦) ل : يوم يسلم . | (٥) ل : يملك . ج : دفعه . |
| (٨) ل : الغائب . | (٧) ف : يقبضه . |
| (١٠) ف ، ج : العبد . | (٩) ساقط من ف . |
| (١٢) ساقط من ل . | (١١) كذا في ج . وفي ل ، ف : لم لا . |
| (١٤) ساقط من ل . | (١٣) ف : على . |
| | (١٥) ف : حق . |

العبد إلى الوكيل ، وفي الدين ^(١٦) لم يأمر ^(١٧) القاضي بتسليم مال الغائب إلى المدعى الوكالة ^(١٨) بقبضه وإنما أمره بتسليم ما أقر به من ملكه ويكون الغائب على حجه . فذلك فارق العين الدين . /// [ل . ع ب]

173 فإن قيل : حق المودع لا يبطل بتسليم العبد إلى الوكيل لأن المودع إذا جاء ضمن المودع قيمة العبد كما يضمنه في مسألة الدين الذي كان عليه ، قيل له : وجوب 'ضمان القيمة' على المودع للمودع إذا أوجبتها لم يمنع من بطلان حقه عن عين العبد إذا سلمها ^(١٩) إلى الوكيل وليس ^(٢٠) لأحد أن يبطل حق الإنسان عن عين ماله إلى القيمة ^(٢١) فذلك ليس للقاضي في مسئلتنا أن يسقط حق الغائب عن عين العبد بالقيمة التي يوجبها له في الثاني فهذا فرق بين العبد والدين في الوكيل ^(٢٢) . وأما الفرق بين الوكيل والوارث 'في العبد' إذا كان في يد المودع أنه يؤمر بتسليم الوديعة إلى الوارث إذا أقر له بالوديعة وموت المورث عنه ، ولم يؤمر بتسليمها إلى الوكيل وإن أقر بالوكالة بقبضها وبالوديعة ^(٢٣) ، لأن المودع لا يسقط حقه عن قبض ^(٢٤) الوديعة مع توكيل الموكل بقبضها . ألا ترى أنه إذا جاء قبل قبض الوكيل كان ^(٢٥) له أن يقبضها ^(٢٦) مع توكيل الموكل ^(٢٧) ، وله أن يعزل الوكيل عن الوكالة ؟ فحق ^(٢٨) القبض للموكل قائم في الوديعة مع صحة وكالة الوكيل بقبضها ، فلا يكون اعتراف المودع بالوكالة والوديعة إقراراً بأن لاحق لأحد في قبض الوديعة غير الوكيل فلم يلزمه تسليم الوديعة إليه ^(٢٩) .

(١٧) ل . ع ب : ج : الوكيل .

(١٦) ل . يأمره .

(٢) ف : سلمناها .

173 (١) ف : الضمان .

(٤) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ف .

(٦) ل : بالوديعة .

(٥) ساقط من ل .

(٨) ف : دون الوكيل .

(٧) ساقط من ف .

(٩) ل : في حق .

(١٠) ف : إلى الوكيل .

وليس كذلك الوارث لأن حق الموروث عنه لا يثبت مع ثبوت حق الوارث إذ الوارث لا يثبت له حق قبض الوديعة إلا بعد موت المودع ، وأليت // [ف ٣٩] لا يثبت له حق بعد موته . والمودع لما أقر بموت المودع والوديعة وكون الحاضر وارثاً عن المودع فقد أقر له بأنه لا حق لأحد في قبض هذه الوديعة غير هذا الوارث فعليه تسليمها إليه .

174 فإن قيل : فما تقول في المدعى إذا جاء ولم يدع الوكالة في قبض الوديعة وإنما ادعى حبة الوديعة أو شراها من المودع فأقر له المودع بذلك كله ، أليس قد اعترف للمدعى ^(١) بأنه لا حق لأحد في قبض هذه الوديعة غير المدعى ، ومع ذلك لم يلزم المودع ^(٢) بتسليم الوديعة إلى المدعى مع مساواة ^(٣) الوارث في المعنى الذى اعتبرت ؟ قيل له : ليس كذلك لأن الوارث يخلف الميت في ملكه ، والموهوب له والمشتري لا يخلفان البائع ولا الواهب في ملكهما ، فهو وإن اعترف له بحق القبض ^(٤) في الشراء والهبة // [ل ١ ، أ] فلم يعترف له بأنه يخلف المودع في ملكه ^(٥) وفي الوارث قد اعترف له بذلك فلذلك اقرقا . فيبغى أن يقيد العلة الأولى بهذا المعنى حتى لا يلزم عليها الموهوب له والمشتري ^(٦) فإن الفرق بين العين ^(٧) والدين في الوكيل وبأن أيضاً الفرق بين الوكيل والوارث في العين . بقى الكلام في الوصى إذا أقر المودع بالوصية إليه وبالوديعة وموت [الموصى] ^(٨) وأقر الذى عليه الدين بالدين والوصية والموت فإنه لا ^(٩) يؤمر بتسليم الوديعة ولا الدين إلى الوصى . أما

(٢) ساقط من ل .

174 (١) ل : المدعى .

(٤) ساقط من ل .

(٣) ف : نسوية .

(٥) الذى مضطرب في ل : فلذلك اختلفا . ويبغى أن تقبل العلة وفي الوارث له قد اعترف له بذلك كهذا المعنى حتى لا يلزم عليه ما ذكرنا ، وإذا كان كذلك .

(٧) في الأصل : الوصى .

(٦) ف : العبد .

(٨) ف : لم .

العين قائما لم^(١١) يؤمر بتسليمها إليه لما يتنا^(١٢) من الفرق بين الوكيل والوارث فالوصى مثل الوكيل^(١٣) لأن الوصى بمنزلة لأنه لا يخلف الميت في ملكه. وأما الدين قائما فارق الوكيل والوارث جميعاً لأن القاضى لو أمر الذى عليه الدين^(١٤) بتسليمه إلى الوصى لم يكن بد من أن يبرأ الذى عليه الدين من الدين . فلو أمره بتسليم الدين لسقط حق الوصى من الدين ، وفى الوكيل لا يسقط حق الموكل من الدين لأن القاضى لا يحكم على الغريم ببراءته من الدين وإن^(١٥) أمره بتسليم ما أقر به لأن الوكالة إنما تثبت بقوله، والوصى إذا^(١٦) استحق قبض^(١٧) الدين صار وصيا للميت يجوز^(١٨) تصرفه وقبضه عليه فلا بد من الحكم ببراءة الغريم من الدين . فإذ ذلك فارق الوصى الوكيل فى قبض الدين . فقد حصل الآن^(١٩) أن الوصى مثل الوكيل فى العين فى باب أن كل واحد منهما ليس له حق القبض، وفارق الوصى الوكيل فى الدين ، وقد بينا الفرق بينهما^(٢٠) ، وتساويا فى الدين وهى الوارث الوكيل فى العين ، وقد بينا الفرق بينهما^(٢١) ، وتساويا فى الدين وهى مشكلة الباب .^(٢٢) ووجه التسوية^(٢٣) بينهما أن الوارث يدعى أنه خصم فى قبض الدين وأن الدين له من جهة الميت^(٢٤) وأن الدين الذى على المدعى عليه // [ف ٤٠ أ] فى الحال^(٢٥) فصار مدعياً لإثبات الخصومة فى قبض الدين وإثباته على المدعى عليه^(٢٦) وأنه ملك لنفسه^(٢٧) . والوكيل فى هذه الدعاوى الثلاث وفى المستثنين جميعاً كذلك — إن تسليم الدين اليهما^(٢٨) لا يوجب

-
- | | |
|---|------------------------------------|
| (١٠) ل فى الوكيل . | (٩) ساقط من ل . |
| (١١) ف : الحق . | (١٢) ف : إذا . |
| (١٣) ل : استحق قبض إذا . ف : لم يستحق قبض . | |
| (١٤) ساقط من ل . | (١٥) ساقط من ل . |
| (١٦) ساقط من ل . | (١٧) وزوجه السرية . |
| (١٨) ساقط من ل . | (١٩) ف : وإثبات ملكه الدين لنفسه . |
| (٢٠) ف : إلى المدعى . | |

برأه الغريم^(٢١) من الدين^(٢٢) فقد تساويا في هذه الوجوه كلها ،^(٢٣) وكل واحد منهما لا يستحق^(٢٤) قبض الدين إلا بعد ثبوت الخصومة لهما^(٢٥) في القبض فلذلك^(٢٦) قلنا إنهما متساويان في هذا^(٢٧) . وإذا كان^(٢٨) [ل ١٤ ب] كذلك قلنا إن المدعى عليه لما أقر بالدين^(٢٩) وبأن المدعى^(٣٠) وارث الغائب وأن الغائب قد مات فقد اعترف له باستحقاق قبض الدين ، فعليه تسليم الدين إليه وإن لم يحكم على الميت بذلك^(٣١) ، ويكون الغائب^(٣٢) على حجته إن لم يمت .

176 قال : { ولو كان الابن^(١) ادعى هذه الدعوى^(٢) على الرجل^(٣) وقدمه إلى القاضي وأنكر دعواه ، يعنى المال الذى ادعى على المدعى عليه من جهة أبيه الميت ، وأنكر المدعى عليه المال^(٤) ذلك ، فقال الابن : استخلفه لى على دعوى ، فإنه روى عن أصحابنا أنهم قالوا : لا نخلفه ولكننا نقول للابن : أقم البينة على ما تدعى من وفاة أهلك وأنتك وارثه ثم نخلفه لك^(٥) بعد ذلك^(٦) على ما تدعى لأبيك من المال : وروى قول آخر : أنا نخلفه بالله ما يعلم أن هذا فلان بن فلان ولا يعلم أن فلانا هذا مات . فإن حلف على ذلك كُلف الابن إقامة البينة على وفاة أبيه وأنه وارثه . }

176 قال الشيخ : والذي يصح عندى من مذهب أصحابنا أن المدعى عليه يُستخلف على دعوى الوارث وإن لم يُقم الوارث البينة على موت الميت . وذكر محمد هذا في الجامع الكبير من قبل أنه ليس حال هذا بأذون من حال

(٢١) ساقط من ف .

(٢٢) ف : ولا يستحق واحد منهما . (٢٣) ساقط من ف .

(٢٤) ف : قال إن هذه المسئلة في هذا مثل مسئلة الوكيل .

(٢٥) ل : وبأنه . (٢٦) ساقط من ف .

(٢٧) ساقط من ل .

176 (١) مزيد هنا لى ف ، ج : حين . (٢) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ل . (٤) ساقط من ف .

الوكيل وقد قالوا ان للوكيل أن يحلف المدعى عليه على الوكالة فإن نكل عن اليمين حلفه على المال . كذلك هذا . وأما وجه هذه الرواية فإن نسبة من الميت لا يثبت بنكول هذا فلا معنى ليمينه . وهذا الوجه يعضف جداً لأن وكالته من جهة الغائب أيضاً لا تثبت بنكول هذا في حق الغائب، إلا أنا حلّفناه لحق الوكيل لأن نكوله يوجب خصومة^(١) فيا بينهما وإن لم نصدقه على الغائب . كذلك استلطنا ، حلفه^(٢) على إثبات الخصومة فيا بينهما وإن لم يصدقه على الميت . والذي يجوز أن يعتمد عليه في الفرق بين الوكيل والوارث على هذه الرواية أن القاضى إذا حلف المدعى عليه على السبب والوفاة فشكل المدعى عليه عن اليمين يلزمه القضاء بالسبب وكون الوارث خصماً وإخراج المال من يدى المدعى عليه . وهذا يكون تصرفاً على الميت فلا يجوز له أن يحلف على ذلك لهذا المعنى . وليس كذلك في الوكالة لأنه إنما يحكم // [ف ٤٠ ب] على المدعى عليه بنكوله // [ل ٢٤ أ] دون الغائب ، 'أقْبَانُ لَكَ الْفَرْقُ'^(٣) . فإن نكل عن اليمين جعله القاضى كأنه أقر أن هذا ابن فلان وأن أباه قد مات ، ثم يحلفه بعد ذلك على الثبات^(٤) : ما لفلان بن فلان ، يعنى الميت ، عليك هذا المال ؟ فإن نكل عن اليمين ألزمه المال ، وإن حلف كلف المدعى إقامة البينة على نسبه و وفاة والده على ما يدعى من المال 'من قبل أن البينة' على إثبات المال غير مقبولة ما لم يثبت خصومة لنفسه^(٥) بالبينة كما قلنا في الوكيل إن المدعى عليه إذا نكل عن الوكالة^(٦) وحلف على إثبات المال ، إن بينة الوكيل على إثبات المال غير مقبولة حتى يقيم البينة على الوكالة أولاً ثم يقيم على إثبات المال كذلك ها هنا : المدعى عليه لما حلفه على المال لم يقدر الوارث أن يثبت المال عليه بالبينة حتى يثبت السبب أولاً ، وموت الميت ،

(٢) ل : يحلف .

178 (١) ف : خصومته .

(٣) ف : لذلك انقرا .

(٤) كذا في ج ، و ل ، ف : البينات . والمعنى ثبوت المال عليه .

(٦) ف : ههه .

(٥) ل : قبل أن ينسبه .

لهم يقيم البينة على المال لأنه ما لم يثبت القسب وموت الميت لم يصر خصماً في إثبات المال لأن نكول المدعى عليه أن القسب والموت إنما ينفذ على نفسه دون غيره، ونحن لو قبلنا بيئته على المدعى عليه في المال كنا قد حكمتنا عليه بالمال للميت من غير خصم^(٧).

مسئلة^(١)

177

{ ولو أن رجلاً ادعى على رجل أنه اشترى داراً إلى جنب داره وأنه شفعها بداره فأراد استحلافه على ذلك، فقال للقاضي: إن هذا لا يرى الشفعة بالجوار فإن حلفته مالى قبله شفعة هذه الدار التي سميت وحددت فلست آمن أن يتأول أن لا شفعة لي فيحلف على دعواي، إن القاضي يستحلفه: بالله ما اشتريت هذه الدار التي سمي وحدد بكذا وكذا ولا أقل من ذلك } . لأنه لو حلفه على إثبات الشفعة بما يتأول في اليمين وأبطل حق المدعى، فيبني أن يحلفه على أصل البيع ولا يمكنه من التأويل ليصل المدعى إلى حقه . والقاضي مأمور بإيصال ذوى الحقوق إلى حقوقهم .

مسئلة^(١)

178

ولو أن امرأة، ادعت على زوجها أنه آلى منها فقال لها: والله لا أقربك وقد مضت أربعة أشهر منذ حلف على هذا، فأنكر ذلك، فأرادت استحلافه وقالت للقاضي: مذهبه أن المؤلى يُوقَف بعد أشهر فيقال له إما أن تنق وإما وإما أن تطلق فإن حلفته بالله ما أنا بآئن منه بهذا الإيلاء حلف وتأول آتى

(٧) ل : فلا يكون عليه شيء في الحال ولا يقدر أن يحلف فيحكم عليه بالنقصان وهو برىء من حقه .

177 في (١) هذه المسئلة بكاملها ساقطة من ل .

178 (١) هذه المسئلة بكاملها ساقطة من ل .

لست بأن^(٢) بهذا الإيلاء ، فإن القاضى لا يحلفه على ذلك ، ولكن يحلفه :
 بالله ما قلت لها لا أقر بك مدة كذا وكذا أو على ما ادعت . فإن نكل عن اليمين
 بأنها منه بتعليقة { ، وذلك لما يتسنا قبل^(١) أيضاً ، لأنه لو حلفه على اليمينونة ،
 وهى^(٣) عنده ، على // [ف ١٤ أ] مذهبه ، غير بائنة . حلف على التأويل
 وأبطل حق المرأة ، ولكن يحلف على أصل اليمين ومضى مدة الإيلاء ،
 فإذا نكل عن اليمين حكم عليه عند ذلك باليمينونة .

مسئلة^(١)

179

{ وإن ادعى رجل على رجل أنه كسر إبريق فضة له وأحضره ، أو أنه
 صب فى طعام له ماء فأفسده ، وقال للحاكم : إن هذا من يرى أن من فعل هذا
 ألزمه النقصان ولم يجب عليه قيمة الإبريق ولا مثل الطعام ، فإن حلفته على القيمة
 الإبريق ولا كسر حنطة مثل هذا السكر لحلف على ذلك^(٢) وتناول ، لم يحنث ،
 فإن القاضى يحلفه بالله : ما فعلت كذا وكذا على ما يدهى مفسراً . فإن نكل
 عن اليمين ألزمه فى ذلك ما يلزمه { . وهذا بين على ما ذكرنا أيضاً أنه لو حلفه
 على إثبات القيمة ، ومن مذهبه أن القيمة لم تجب على التأويل بطل^(٣) حق
 المدعى ، ولكن إذا حلفه على أصل الفعل لم يقدر أن يحلف على التأويل
 فيصل المدعى إلى حق نفسه .

مسئلة^(١)

180

{ ولو ادعى رجل على رجل أنه خرق ثوبه وأحضر الثوب معه إلى القاضى
 وأراد استحلانفه فإن القاضى لا يدينى له أن يحلفه : ما خرق ثوب هذا . لأنه

(٢) كذا فى ف ، ج ، والمواب : بائناً . (٣) فى الأصل : فهو .

179 (١) هذه المسئلة بكاملها ساقطة من ل .

(٢) ساقطة من ف . (٣) فى الأصل : وبطل .

180 (١) هذه المسئلة بكاملها ساقطة من ل .

"قد خرقه ويعطيه" نقصان ذلك أو يبرمه منه أو يصالحه ، ولكن يقول :
أنظر كم نقصان هذا الخرق في اليوم (٣) ، قَوْمُ الثوب صحيحاً لا خرق فيه وهو
على حاله ، ثم قوم وبه الخرق ، وأنظر كم نقصه ذلك . فإذا عرف ذلك
استحلفه : بالله ماله عليك هذا الكذا وكذا درهم الذي ادعى عليك ولا أقل
منها من هذا الوجه الذي ادعاه ؟ { من قبل أن الشيء المدعى ماهنا هو النقصان
فيبغى أن يسمى مقدار ما يدعى من النقصان حتى يحصل الدعوى معلوماً لأن
الشيء المدعى إذا كان مجهولاً لم يجوز للقاضي أن يقتصر على بينة ولا يمين .
فذلك احتيج إلى تسمية النقصان . وكذلك لو لم يكن الثوب حاضراً وادعى
المدعى نقصان ثوب له بالخرق على المدعى عليه فإن القاضي يقول له : سم
مقدار النقصان حتى أحلف المدعى عليه على ذلك وكذلك هذا في النقصان
بالحلم أو ذبح شاة أو فسخ عین عبد له قد مات من غير ذلك أو عين
دابة أو غير ذلك ، وليس الشيء حاضراً عند القاضي ، فإن القاضي
يقول له : كم نقصان ذلك ؟ فإذا عرف ذلك حلفه عليه . فإن نكل عن اليمين
ألزمه ذلك النقصان . ولا يعلته على أصل الفعل لأنه يجوز أن يكون الفاعل قد
فعل ذلك إلا أن المدعى قد أراه منه أو قد دفع إليه النقصان فلا يكون عليه
شيء في الحال ولا يقدر أن يحلف فيحكم عليه بالنقصان وهو برىء من
حقه (٤) .

مسئلة

181

{ ولو أن رجلاً ادعى // [ف ٤١ ب] على رجل أنه قال له : يا فاسق ، أو

(٢) كذا في ف ، ج . ولعل الصواب : قد يكون خرقه وأعطاه .

(٣) كذا في ف ، ج . ولعل الصواب : الثوب .

(٤) أنظر ملاحظة (٧) من فقرة 178 .

عبد^(١) ادعى على رجل أنه قال له : يا زان : أو رجل ادعى على رجل ما يجب فيه التعزير ، أو قال له : يا زنديق ، أو : يا كافر ، أو : يا منافق ، أو : يا فاجر ، وأراد استحلاله^(٢) على ذلك ، أو ادعى عليه أنه لطمه^(٣) أو ضربه أو ادعى من ذلك ما يجب فيه الأدب فإنه يحلفه : بالله ماله عليك هذا الحق الذي ادعاه ؟ ولا يحلفه : ما فعلت به كذا وكذا ؟ لأن هذا قد يفعله فيعفو عنه ويبرئه فيبرأ لأنه ليس بحمد والتعزير يجوز البراءة منه . ألا ترى أن رجلاً لو شتم رجلاً فأراد المشتوم أن يرفع أمره إلى القاضي فقال الشاتم : عزرتي^(٤) ، فمزوره المشتوم له^(٥) [٩] ثم ارتفعوا إلى القاضي^(٦) بعد ذلك التعزير^(٧) . فلا يعيد عليه التعزير . ولو كان هذا في الحد لم يُعتد بالأسواط التي تكون عند غير القاضي من الحدود^(٨) . فإذا كان كذلك^(٩) ثبت أن التعزير يصح البراءة منه ، والحد لا يصح إذا ثبت . فلماذا قلنا في مسئلتنا إنه يحلف على إثبات التعزير لاعلى أصل الفعل الموجب للتعزير . والأصل في وجوب التعزير أن الله تعالى أخبر أن إيداه المؤمن من البهتان العظيم بقوله ﴿ ولذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً ﴾^(١٠) وإذا كان هذا هكذا وجب^(١١) على المسلمين أن يمنحوا فاعله من ذلك . والقاضي ينوب عن المسلمين في ذلك ، فعليه أن يمزره ويمنعه ، وأيضاً روى عن النبي عليه السلام أن رجلاً قال لرجل يا عشت ، فضربه النبي صلى الله عليه وسلم أسواطاً . فهذا أصل في وجوب التعزير بالشبهة الفاحشة . وأيضاً روى عن النبي عليه السلام أنه قال لا حرج لإعلى من اقترض من عرض أخيه^(١٢) ، فأخبر عليه السلام أن على مؤذى المسلم

181 (١) بياض في ل .

(٢) ف : إحلاله .

(٣) ف : مزروقي .

(٤) ف : إنه يعتد بذلك التعزير .

(٥) سورة الأحزاب ، ٣٣ : ٥٨ .

(٦) قابل أبا داود ، مناسك ، ٨٧ ، حيث الحديث « لا حرج لا حرج لإعلى

رجل اقترض من عرض رجل مسلم وهو ظالم ، فدفع إلى حرج وماله » ،

(٧) شتمه .

(٨) كذا في الأصل .

(٩) ف : الحد .

(١٠) كذا في ج . وفي ف : واجب .

(١١) ف : لا حرج لا حرج لإعلى

رجل اقترض من عرض رجل مسلم وهو ظالم ، فدفع إلى حرج وماله » ،

حرجاً^(١١) فللقاضى أن يزجره ويمنعه من ذلك . فإذا كان هذا هكذا قلنا إن الرجل إذا قال لرجل: يا فاسق ، أو: يا كافر ، أو: يا منافق ، أو: يا زنديق ، أو: يا فاجر ، أو لبد : يازان ، إن القاضى يمزره ويزجره عن ذلك لأن هذه أسماء مذمومة لا يجوز أن يستحقها مسلم عدل^(١٢) .

مسئلة

182

{ وإن ادعى رجل على رجل أنه وضع على حائط له خشباً ، أو أجرى على سطحه ميزاباً أو فى داره ، أو فتح عليه فى حقه باباً ، أو بنى على حائط له ، أو ادعى أنه أخرج^(١) ثل تراب^(٢) فرمى به فى أرض له أو زبل^(٣) } [ل ٢٤ ب] أو دابة ميتة أو شيئاً مما يكون فساداً فى الأرض مما يجب على صاحبه أن ينقله ويرفقه من حق المدعى فأراد استخلافه على ذلك فإنه يحافه فى ذلك كله^(٤) : بالله الذى لا إله إلا هو ما فعلت كذا وكذا فى حقه هذا الذى وصف ؟ وليس عليه أن يحلفه على إثبات الحق فى الحال { من قبل أن هذا إذا^(٥) ثبت أصل } [ف ٢٤ أ] [الفعل لم تصح البراءة منه ، لأن رجلاً لو وضع خشباً على حائط رجل^(٥) فقال : قد أبرأتك من رفع هذه الخشبة من حائطى لم تصح البراءة وصار كأنه أعاره ذلك الموضع ، ففى^(٦) شاء له أن يأمره^(٦) بالرفع لأنه حارية

(١١) ف ، ج : حرج .

(١٢) هذه الفقرة مختصرة فى ل هكذا : فبان ، والأسل فى وجوب التعزير ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلاً قال لرجل : يا غثى فضر به النبي عليه السلام عصرة أسواط ، وأن النبي عليه السلام قال : « لا أخرج إلا على من اقتضى من عرض أخيه » . فيجب بهذه الدلالة أن يمنعه القاضى من ذلك بالأدب والعزير .

(٢) ل : ومنل .

182 (١) ف : تراباً .

(٤) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ف .

(٦) ل : ما بدا له ثم أمره .

(٥) ساقط من ف .

ولا تصح البراءة من العارية . وكذلك سائر المسائل التي ذكرتها^(٧) فهي في هذا المعنى^(٨) لا تصح البراءة منها . فإذا ثبت أصل الفعل يلزمه رفعه على أى وجه كان . فلذلك اكتفى^(٩) بيمينته على أصل الفعل . وليس هذا كالمسائل المتقدمة لأن هناك أجاز^(١٠) البراءة من الحق فلو حلفه على أصل الحق^(١١) لم يأمن أن تكون البراءة قد وقعت بعد ذلك فيوجب^(١٢) على المدعى عليه حقاً لم يلزمه في الحال . فينبغي أن يحتاط له ولا يحيف^(١٣) عليه .

مسئلة

183

{ ولو كان صاحب الخشب هو المدعى فقدم صاحب الحائط^(١) إلى القاضى^(٢) فقال: كان لى على هذا الحائط خشب^(٣) فوق أو قلعت لأعمل غيره وقد منعى صاحب هذا الحائط ، وذلك هو حق لى في هذا الحائط . وأنكر صاحب الحائط ذلك ، وأراد استخلافه ، فإن القاضى يحلفه له : بالله ما لهذا في هذا الحائط^(٤) حق^(٥) مواضع هذا الخشب^(٦) . وهو كذا وكذا خشبة في موضع كذا من هذا الحائط^(٧) واجب له^(٨) [٩] ولا يحلفه حتى يسمى عدد الخشب ومواضعه من الحائط^(٩) . أما اليمين ، فإنما يحلفه على إثبات حق الموضع في الحال فلأن المدعى يدعى إثبات حق الوضع في الحال على المدعى عليه فيحلفه على دعواه . وأما احتياج القاضى إلى معرفة عدد^(١٠) الخشب ومواضعها

(٨) ف : مثله .

(٧) ل : يذكرها .

(٩) ف : التقى .

(١١) ف : الفعل .

(١٠) ل : جاز .

(١٣) ل : يحتاط .

(١٢) ل : فوجب .

(٢) ساقط من ل .

183 (١) ساقط من ف .

(٤) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ف .

(٥) ف : موضع هذه الخشب .

(٧) ساقط من ل .

من الحائظ فلأن عدد الخشب إذا لم تكن معروفة فالمدعى مجهول ولا يجوز أن يقضى للقاضى بشئ مجهول . فكذلك معرفة الموضع لهذه الملة . فإن حلف برىء من دعوى المدعى ، وإن نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه . وكذلك إن ادعى // [ل ٤٣ أ] مسيل ماء أو طريق ^(٨) في دار رجل ^(٩) فإنه يصف ذلك ويستحلفه له القاضى : بالله ماله هذا الحق الذى ادعاه في هذه الدار التى في يدك ؟ فإن حلف برىء وإن نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه كما قلنا في سائر الحقوق .

فصل

184

{ وإن ادعى رجل على رجل أنه شق في أرضه نهراً فساق الماء فيه إلى أرض له فإنه ينبغي للقاضى أن يسأله عن هذه الأرض وعن موضعها وعن موضع هذا النهر من هذه الأرض وقدره ثم يسأل المدعى عليه عن ذلك فإن جحد دعواه وأراد استحلافه استحلفه بالله ما أحدث في أرض هذا الرجل هذا النهر الذى وصف . وكذلك القناة وما أشبه ذلك { ، أما سؤاله عن الأرض وعن موضعها وموضع النهر منها وقدره فلحصول الدعوى في ^(١١) // [ف ٣ ب] معلوم دون مجهول فأما يمينه على أصل الفعل فلأن ^(١٢) هذا مما لا يصح البراءة منه . فإذا حلفه عن أصل الفعل فهو باق كما كان . ^(١٣) ولو كان ^(١٤) الدعوى في صغيرة حفرها في أرض المدعى وأراد أن يستحلفه ^(١٥) عليه ، فإنه يستحلفه : بالله ما لفلان عليك هذا الدعوى ^(١٥) الذى ادعاه وهو كذا وكذا ، يبنى نقصان الأرض ، لأن هذا مما يجوز البراءة منه ، ولو حلفه على أصل الفعل لم يأمن أن

(٨) كذا في الأصل ، والصواب طريقاً .

(٩) ل : فله .

(١٠) ف : فان .

(١١) ساقط من ف .

(١٢) ساقط من ل .

(١٣) كذا في ف . وفى ل غير واضحة .

184 ل : هل .

يكون قد أبرأه قبل ذلك ، فلا يقدر أن يحلف على أصل الفعل وإن كان بريئاً من حق المدعى .

185

مسئلة (١)

{ ولو ادعى رجل على رجل مائة دينار ، وكان للمدعى عليه عند المدعى المال (٢) رهن بهذه الدنانير ، تخاف المدعى عليه أن يقر بالدنانير ويدعى الرهن فيجحد المدعى الرهن (٣) ويأخذه بالمال ، إن الوجه في ذلك أن يقول (٤) المدعى عليه : للقاضي : سل هذا المدعى هل عنده رهن بهذا المال ، وهو كذا . فإن القاضي يسأله عن ذلك ، فإن جحدته وأراد استحلاف المدعى عليه فإن القاضي يحلفه : بالله ما لهذا عليك مائة دينار لارهن لك بها عند المدعى ولا عليك شيء منها { . أما سؤال القاضي للمدعى هل عندك (٥) بهذا المال الذي تدعى رهن فلائنه مأمور بإيصال [ل ٤٣ ب] كل واحد منهما إلى حقه . فإذا كان للمدعى عليه في ذلك حق وليس فيه إبطال حق للمدعى وإنما فيه استقرار حق كل واحد منهما فله أن يسأله عن ذلك . فإن أقر به ثبت الرهن . حيثئذ (٦) استحلف المدعى عليه على المال خاصة . فإن جحد الرهن حلف المدعى عليه حيثئذ (٧) على المال التناقص بالرهن لأن المال إذا كان قد أخذ به رهن (٨) فهو أنقص من المال الذي لم يؤخذ به رهن . فلذلك حلف المدعى عليه : بالله ما لهذا عليك مائة دينار لارهن لك بها عنده ؟

186

مسئلة

على عبد (١) محجور عايه مالا أو حقاً من الحقوق

(٢) ف : المال .

(٤) ساقط من ف .

(٦) ساقط من ف ، ج .

بما لا يؤخذ به وهو عبد ويلزمه ذلك بعد العتق فإني أستحلفه على ذلك . فإن نكل عن اليمين ألزمته^(١) ذلك وكان^(٢) عليه إذا عتق . وإن خلف برىء من دعوام^(٣) . وإنما كان له أن يخاصم العبد وإن لم يؤخذ به في الحال لأن تأخير المطالبة لا تمنع ثبوت الحق ، ألا ترى أنه لو ادعى عليه ديناً مؤجلاً كان له أن يستحلفه ويثبت عليه بالنكول أو يبينه أقامها عليه وإن لم يكن له المطالبة بالأخذ في الحال ؟ كذلك ما يلزم العبد بعد العتق له أن يثبت عليه وإن لم يكن له أن^(٤) يأخذه به^(٥) في الحال .

فصل

187

{ وكذلك^(١) العبد المأذون له^(٢) في التجاره^(٣) إذا اشترى جارية فوطئها ثم استحققت وهي تيب ، إن اقرار العبد بذلك الساعة لا يلزمه به شيء ، فإن أنكر ذلك العبد وأراد المستحق استحلافه^(٤) عليه حلفه ، وإن نكل عن اليمين جعله عليه ، يفي العبد ، إذا عتق^(٥) . وهذا // [ف ٤٢ ب] مثل الباب الأول لأن المأذون له محجور عن^(٦) وطء الجارية فلا يقبل قوله على المولى ولا يؤخذ به في الحال ، إلا أنه^(٧) يحكم عليه بذلك عند النكول كما قلنا في الفصل الأول .

مسئلة

188

{ ولو أن رجلاً قدم رجلاً إلى القاضي فادعى عليه ألف درهم فأنكر ذلك وأراد استحلافه على ذلك فقال المدعى عليه للقاضي : قد حلفني على هذه الدعوى

(٢) ف : ألزمه .

(٣) ساقط من ف .

187 (١) ل : وذلك .

(٣) ل : إجماله .

(٥) ل : أن .

(٤) ل . يأخذ .

(٢) ساقط من ف .

(٤) كذا ل ج . و ل ل ب ، ف : لي .

عند قاضى بلد كذا وكذا ، فأنكر الطالب ذلك وقال : ما حلفته عليها ، فطلب المدعى عليه ^(١) اليمين الطالب ^(٢) أنه لم يحلفه على ذلك ، فإن القاضى يحلف الطالب : بالله ما // [ل ٤٤ أ] حلفت هذا المدعى عليه على دعواك هذه عند قاضى ^(٣) بلد كذا وكذا ؟ فإن حلف على ذلك استحلف له المدعى عليه على ما ادعى عليه من الألف درهم . فإن نكل الطالب عن اليمين لم يحلف المدعى عليه { لأن حق المدعى على المدعى عليه هاهنا هو اليمين ، لأنه لم يثبت عليه الألف ، والحق الثابت ^(٤) عليه هو اليمين ، والمدعى عليه يدعى إيفاءها عند قاضى آخر فصار كالغريم إذا أقر بالدين وادعى إيفاءه يحلف الطالب : بالله ما استوفيت ^(٥) منه هذا الدين ؟ كذلك هاهنا يحلف الطالب : بالله ما حلفته عند قاضى بلد كذا ؟ فإن حلف برى من دعوى المدعى عليه أنه قد أوفاه حقه ، فله أن يحلفه إذا كان حقه باقياً ^(٦) في اليمين . وأما إذا نكل الطالب عن اليمين فقد أقر باستيفاء اليمين ، فلم يبق له حق ^(٧) في يمينه ، فليس له ^(٨) أن يحلفه .

مسئلة

188 ولو ادعى عليه ألف درهم فقال المدعى عليه للقاضى : فقد كان ادعى على هذه الدعوى عند قاضى بلد كذا ثم ^(١) خرج من دعواه تلك وأبرأنى ^(٢) من هذه الدعوى لحلفه ^(٣) بالله أنه لم يبرأنى ^(٤) منها ، فإن القاضى يحلفه على ذلك لأنه يدعى البراءة من الدعوى وله في ذلك حق . فإن حلف الطالب على ذلك

-
- 188 (١) ف ، ح : يمينه .
 (٢) ل : الثالث .
 (٣) ف : باقى .
 (٤) مزيد فى ل هنا : لاستيفاء اليمين .
 (٥) ف : لنا .

- 189 (١) ساقط من ف .
 (٢) ل : له لم يبرئه .

- (٦) ل : القاضى .
 (٧) ل ج فقط .

- (٨) ل : وأبرأه .

حائب المدعى عليه : ماله عليك هذه الألف ^(١) الذي ادعى ولا شيء منها ؟ لأن الطالب قد برى من دعوى المطلوب أنه قد أبرأه ^(٢) من دعواه فله أن يحلفه على دعواه . { قال محمد : ولا ينبغي للقاضي أن يحلف المدعى : بالله ما أبرأت هذا المدعى عليه من هذه الألف درهم ولا من شيء منها } : قال الشيخ : لأن ^(٣) دعوى المدعى عليه كانت في براءة المدعى إياه ^(٤) من الدعوى ^(٥) ولم يدع عليه البراءة من الدراهم فلا ينبغي للقاضي أن يحلفه على غير ما ادعاه .

190 قال الشيخ : وقوله هذا مخالف لقوله : قد حلفني على ذلك عند قاضي بلد كذا ^(٦) لأن قوله : قد حلفني على ذلك عند قاضي بلد كذا ^(٧) دعوى منه بأن المدعى قد استوفى منه // [ف ٣ ب] ما كان له قبله يعني ^(٨) اليمين ، والبراءة لا يدعى بها استيفاء . وهو ^(٩) فرق صحيح ^(١٠) بين دعوى المدعى عليه البراءة ^(١١) من المال ^(١٢) وبين دعواه الحلف عند قاض آخر . إلا أنه ليس معنى مسألة دعوى المدعى عليه // [ل ٤ ب] للبدعي عليه من الدعوى . وقد سوى بين المسلمين جميعاً ^(١٣) في باب وجوب اليمين على ^(١٤) المدعى للبدعي عليه ^(١٥) ، فلا معنى للفصل بين هاتين المسألتين مع تسويتها في الحكم . وإن كان مراده في الفرق بين مسألة ^(١٦) دعوى اليمين في الحلف وبين دعواه في براءة المدعى عليه فلا معنى له أيضاً لأن الجواب إنما وقع في البراءة مخالفًا ^(١٧) لليمين لأن الرجل لم يدع براءة المسال وإنما ادعى براءة من الدعوى ^(١٨) ، فلا يجوز

(٥) ل : لا .

(٤) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ف .

(٢) ف ، ج : بنحو .

190 (١) ساقط من ف .

(٤) ساقط من ف .

(٣) ل : هو .

(٦) ساقط من ف .

(٥) ل : من المال .

(٨) ساقط من ف .

(٧) ف : المدعى عليه .

(١٠) ل : دعوى .

(٩) ف : مخالف .

للقاضي أن يحلفه على غير ما ادعاه . وأما في الباب الأول^(١١) فإن المدعى عليه قد ادعى على المدعى اليمين إليه عند قاض آخر لحلفه على دعواه ، فقد اختلفت المسئلتان في الجواب لافتراقهما في السؤال . فأما في التحصيل فلا فرق بين دعواه اليمين^(١٢) وبين دعواه البراءة^(١٣) من المال في أن المدعى يُحلف في كل واحد منهما على دعوى المدعى عليه ويُحلف أيضاً في دعوى البراءة من أصل الدعوى . فلا فرق حيثُ بين^(١٤) دعواه لإيفاء اليمين وبين براءته من دعوى المدعى وبراءته من المال المدعى^(١٥) . فلا يُعرف يساً قال الخصم : إن محمداً قد خالف بينهما^(١٦) في وجه وهما واحد^(١٧) لأن أحكام هذه الثلاث المسائل على ما ذكرنا . ومحمد إنما فرق بينهما في الجواب لافتراقهما في السؤال لأن المدعى عليه ادعى براءته من الدعوى فلا ينبغي أن يحلفه على براءته من المال . وفي المسئلة الأولى يحلفه على استيفاء اليمين لأن دعواه في إيفاء اليمين فلذلك اختلفا .

مسئلة

191

{ ولو أن رجلاً اشترى " من رجل " جارية بألف درهم وتقاضا ، ثم ظفر المشتري فيها بشجرة في رأسها فاستحلف القاضي البائع على ذلك فنكل عن اليمين فردها عليه ، ثم إن البائع ، بعد ما قبضها برد الحاكم إياها عليه ، جاء بالجارية فقال للحاكم : رددت على " هذه الجارية وهي حبلى وهذا حبلى حدث عند المشتري ، فإن القاضي يسأل المشتري عن ذلك ، فإن قال : ما لي بهذا علم ، أراها القاضي اللسان . فإن قلن : هي حبلى ، حلف المشتري : بأنه ما حدث هذا

(١٢) ل : لليمين .

(١٤) ل : في .

(١٦) ل : وهما عندي واحد وليه وجه ١٠

(١١) ل : الا .

(١٣) ل : للبراءة .

(١٥) ساقط من ل .

الحبل هندك؟ فإن حلف // [ل ه أ] فلا شيء عليه وإن نكل عن اليمين قيل
للبائع . أنت بالخيار ، إن شئت فخذها^(٢) ولا شيء لك ، وإن شئت فردها على
المشتري ورد^٣ عليه أرض الشجة التي كانت بها عندك .

192 قال الشيخ^(١) : أما سؤال القاضى للمشتري عن الحبل : هل حدث
صنك أم لا ، فلأن البائع يدعى عليه حدوث الحبل عنده وأن الرد عليه كان
بغير حق . فلما ادعى عليه فسخ الرد بالحبل الحادث عند المشتري لم يكن بد^٢
من أن يسأل المشتري عن ذلك ، فإن جحد المشتري ذلك وأنكر الحبل
رأساً^(٣) احتاج البائع إلى // [ف ه أ] لإثبات^(٤) الحبل فينظر إليها النساء
لأن هذه مما لا يجوز أن^(٥) يطالع عليه غير النساء . فإن قلن : هى حبل ،
ثبت الحبل بقولهن . حيثئذ احتاج البائع إلى إقامة الحجة على دعواه أنها
حبلت عند المشتري . فإذا لم يكن له^(٦) حجة حلف المشتري على دعواه .
كرجل ادعى^(٧) على رجل^(٨) ألف درهم ولم يكن له بينة على^(٩) ذلك حلف
على دعواه . كذلك^(١٠) هذا مثله . فإن حلف برىء من دعوى البائع أن الحبل
حدث عنده ، وإن نكل عن اليمين يُخَيَّر^(١١) البائع حيثئذ ، لأن الحبل قد ثبت
أنه حادث عند المشتري وأن رد الجارية إلى البائع كان بغير حق ، فيفسخ ذلك
الرد إن أراد البائع وعادت الجارية على ملك المشتري ويضمن البائع للمشتري^(١٢)
أرض الشجة ، لأن المشتري إذا نكل عن اليمين فقد اعترف بحدوث العيب

(٢) ف : فاحبسها .

192 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .

(٣) إقامة البينة لإثبات . (٤) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ف . (٦) ف : عليه .

(٧) ساقط من ل . (٨) ل : لذلك .

(٩) ف : غير . (١٠) ساقط من ف .

بالجارية عنده^(١) قبل الرد فيطل الرد وصار بمنزلة رجل اشترى جارية فقبضها وحدث بها عيب عنده^(٢) ثم اطلع على عيب بها فاستحلف البائع فنكل عن اليمين يكون للبائع بالخيار ، إن شاء أخذ الجارية بعيبها الذي حدث عند المشتري ويرد الثمن كله عليه وإن شاء ترك الجارية على المشتري بالعيب الذي حدث بها عنده ورد^(٣) عليه نقصان العيب الذي كان عنده . كذلك مستلثنا . وإن حلف المشتري : بالله ما حبلت هذه الجارية عندي ، لم يكن للبائع أن يردها عليه لأن القضاء بالرد قد وقع فلا يفسخه ما لم يثبت حدوث العيب المانع من الرد عند المشتري ولم يثبت حدوث العيب عند المشتري إذا حلف // [ل ٥ ب] .

فصل

183

{ فلو لم^(١) ينكر المشتري كون الحبل بالجارية في الابتداء ولكنه ادعى أن الحبل كان عند البائع ولم يعلم به فإن البائع يحلف : بالله لقد بعته هذه الجارية وسلمتها إلى المشتري وما بها هذا الحبل . فإن حلف ردها على المشتري ورد عليه أرش الشجرة . وإن نكل عن اليمين لزمته الجارية ورد^(٢) عليه جميع الثمن { لأن^(٣) المشتري لما قال للقاضي : إن الحبل كان عند البائع ولم أعلم به ، فقد اعترف بأن الجارية كانت حاملا^(٤) في يده ، فلا يحتاج أن ينظر إليها النساء^(٥) لأن نظر النساء إليها^(٦) لأجل ثبوت الحبل ، والحبل ثابت عندهما جميعاً . فإذا كان كذلك يحلف البائع على دعوى المشتري : بالله ما كانت حاملا يوم بنتها وسلمتها إليه^(٧) . فإذا حلف برى . من دعوى المشتري وصار^(٨) الحبل كأنه حدث عند المشتري ، فيجب على البائع رد نقصان العيب ، وإن نكل عن

(١٢) ف : ويرد .

(١١) ساقط من ل .

(٢) ف : ويرد .

183 (١) ساقط من ل .

(٤) ف : حاملا .

(٣) ف : وذلك أن .

(٦) ساقط من ف .

(٥) ساقط من ل .

(٧) ف : وكان .

اليمن فصار كأنه اعترف بحدوث الحبل عنده ، فليس له أن يلزم المشتري الجارية مع حدوث الحبل عنده . وإنما وجبت اليمن في هذه المسئلة على البائع ، وفي الأولى على المشتري ، لأن المشتري قد أنكر أن الجارية حبل في الفصل الأول والبائع قد ادعى عليه حدوث الحبل بها عنده فيحلف المشتري على دعواه إذا ثبت الحبل بقول النساء ولا يمين على البائع لأن المشتري لم يدع عليه حدوث الحبل عنده إذ قد أنكر الحبل رأساً^(٨) // [ف ٤٤ ب] وأما في هذه المسئلة فهو معترف بكونها حاملاً وادعى أنها حبلت عند البائع وأنكر البائع أنها حبلت عنده فصار كاختلاف البائع والمشتري في حدوث العيب بالمبيع عند البائع والمشتري بعد ثبوت العيب بالمبيع - إن اليمن على البائع دون المشتري . كذلك هذا .

فصل

184

{ وإن كانت الجارية في يدى المشتري غاصم المشتري البائع في الشجة التي بها ، فلما حكم الحاكم على البائع بردها عليه بالشجة قال // [ل ٤٦ أ] البائع : إنها حبل وهذا حبل حدث عند المشتري ، وقال المشتري : بل^(١) كان عندك ، فإن هذا أيضاً بمنزلة الشجة ويحلف البائع على ذلك ولا يمين على المشتري { من قبل أن المشتري ها هنا أيضاً قد أقر بالحبل وهو يريد ردها على البائع بكونها معيماً بالحبل والشجة والبائع ينكر أن الحبل كان عنده فيحلف البائع على ذلك لأنه هو المدعى عليه . وهذا بيّن على ما فسرنا في الدعوى من معرفة المدعى من المدعى عليه . وذلك أن الظاهر ها هنا مع البائع لأن^(٢) الجارية هي في يدى المشتري وهي حامل^(٣) ولا يعلم حدوث الحبل عند البائع فالظاهر

(٨) ساقط من ب .

(٢) ل : أن .

184 (١) ل : قال .

(٣) ل : حاملة .

أن الحبل حدث عند^(٤) للمشتري دون البائع والمشتري يدعى بخلاف الظاهر،
^(٥) أن الحبل حدث عند البائع ، والبائع يدعى الظاهر وهو حدوث الحبل
 عند المشتري . وقد ثبت^(٦) أن المدعى هو الذى يدعى بخلاف الظاهر
 والمدعى عليه هو الذى يدعى^(٧) الظاهر فيلزم أن يكون المشتري هو المدعى
 والبائع هو المدعى عليه في هذه المسئلة واليمين على البائع دون المشتري .
 وأما إذا كانت الجارية مردودة إلى البائع لجاء البائع ليردها على المشتري
 وأدعى أنها حبلى عند المشتري فإن اليمين على المشتري دون البائع لأن الظاهر
 ليس مع البائع ها هنا ، إذ المشتري لم يعترف^(٨) يكون الجارية حاملا^(٩) وإنما
 عرفنا ذلك بقول الدساء في الحال ، وقول الدساء غير مقبول على المشتري . فإذا
 لم يثبت الحبل عند المشتري صار كأن الجارية وجدت حاملا بعد الرد ،
 ولا يعلم حدوث الحبل في يدى المشتري ولا في يدى البائع قبل البيع ، وإنما
 علمنا كونها حاملا بعد الرد . فالظاهر أن الحبل لم يحدث عند المشتري فصار
 هو المدعى عليه والبائع هو المدعى . فيحلف المشتري على دعوى البائع
 ولا يمين على البائع .

196 " قال أبو بكر // [ل ٤٦ ب] الخصائص^(١) : { الفرق بين المسئلتين
 أن المسئلة الأولى قد قضى^(٢) القاضى^(٣) بردها على البائع وصارت في يدى البائع
 فلا ينقض القاضى قضاءه بردها يمين البائع لأنه يريد ردها على المشتري بالحبل ،
 واليمين على المشتري : ما حدث هذا الحبل عندك ؟ إلا أنه ليس في هذا فرق
 يكشف بين المسئلتين ، والفرق بينهما ما قد بينا^(٤) والله أعلم^(٥) .

(٥) ف : وهو حدوث الحبل .

(٧) ف ، ج : ينكر .

(٢) ساقط من ل .

(٤) ل : من .

(٦) ف : فلنا .

(٨) ساقط من ف .

195 (١) ساقط من ف .

(٣) ل : لقط .

١٩٨ باب كيف يحلف أهل الإلحاد من اليهود

والنصارى والمجوس وغيرهم

قال ^(١) أبو بكر الخصاصي : { يحلف النصراني فيما أذرعى عليه :
بالله عز وجل الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام ، واليهودي ^(٢) :
بالله الذي أنزل التوراة على // [ف ه أ] موسى ، على نبيينا وعليه السلام ،
وغيرهم من أهل الشرك يحلف بالله . وقال محمد ^(٣) في المجوس ^(٤) : يحلف بالله
الذي خلق النار . }

١٩٧ قال الشيخ ^(١) : الأصل في هذا أن النبي عليه السلام حلف
كعب ^(٢) بن صوريا اليهودي : بالله الذي أنزل التوراة على موسى ، في قصة
اليهودي ^(٣) الذي زنا فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فحلف ^(٤) النبي صلى الله
عليه وسلم ابن صوريا على ما يحدونه في التوراة في حكم الزاني ^(٥) وذكر
الحديث ^(٦) . فإذا ثبت ^(٧) هذا في اليهودي قلنا في النصراني مثله في ^(٨) أن
يحلف : بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى ، على نبيينا وعليه السلام . والمجوس :
بالله الذي خلق النار . لأن النصراني يعظم الإنجيل والمجوس ^(٩) يعظم النار
كما يعظم اليهودي ^(١٠) التوراة . فيحلفهم على ما يكون أعظم في صدورهم .

-
- | | |
|--|-------------------------------------|
| ١٩٨ (١) ساقط من ف . | (٢) ل : واليهود . |
| (٣) ساقط من ف . | (٤) كذلك الأصل ، والصواب : المجوس . |
| ١٩٧ (١) ساقط من ف . | (٢) ساقط من ف . |
| (٣) ل : اليهود . | (٤) ف : لحاله . |
| (٥) ساقط من ل . أنظر صحيح مسلم ، حدود ، ٢٨ | |
| (٦) ف : ضح . | (٧) ف : فالنصراني أيضاً ينفى . |
| (٨) ل : والمجوس . | (٩) ل : اليهود . |

وإن اقتصر^(١١) على قوله : بالله ، فهو كافٍ . ألا ترى^(١٢) أن الزيادة على هذا يكون للتأكيد كما نقول في المسلم أنه لو اقتصر على قوله : بالله ، كان كافياً^(١٣) جائزاً ؟ ولكنه يحلف : بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الطالب الغالب الكبير المتعالى الذى يعلم من السر ما يعلم^(١٤) من العلانية . فيؤكد بهذه الصفات كلها ويعظم لكي لا يتجاسر المدعى عليه على الحلف بها بالكذب . كذلك حكم الكفّار .

198 قال . { ولا يبعث بأحد من أهل الذمة // [ل ٧٤ أ] إلى يمة ولا إلى كنية ولا إلى " بيت نار " كما لا يبعث المسلم إلى المسجد { لأن الغرض في هذا التمين بالله تعالى دون^(٢) غيرها .

مسئلة

199

{ ولو أن رجلاً ادّعى على رجل ألف درهم فقال المدعى عليه للقاضى : له على ألف درهم إلى سنة ، فإن هذا إقرار منه بالمال للدهى ثبت المال ويكون مدّعياً فى الاجل فيُحلف الطالب على دعواه : بالله ما هذا المال " مؤجل على " فلان هذا إلى الوقت الذى ادّاه ؟ إن أراد المدعى عليه يمينه . فإن حلف برى ، وله أن يأخذ المال منه حالاً . فإن نكل عن التمين صار المال مؤجلاً إلى الوقت الذى ادّاه المدعى عليه { .

(١١) ساقط من ل .

(١٠) ل : قص .

(١٣) ل : على .

(١٢) ساقط من ف .

(٢) ل : كلمة غير مقروءة .

198 (١) ف : النار .

199 (١) ل : مؤجلاً .

{ ولو أن المدعى عليه حيث ادعى المدعى الألف لم يُقر له بالألف ولكنه قال للقاضي : سل المدعى من أى وجه له هذا المال ، فإنه لا ينبغي للقاضي أن يحمل المدعى على ذلك حتى يسأل المدعى عليه عن المال . فان أقر به وادعى أنه من وجه كذا سأل المدعى به^(١) ذلك من الوجه الذى يدعى المدعى عليه إلا أن يكون المدعى عليه أقر بالمال من وجه لا يلزمه مثل^(٢) قوله : على ألف درهم من ثمن ميسة أو دم ، أو نحو ذلك . فيكون القول قوله ، وعليه اليمين : بالله ما لهذا المدعى عليك ألف درهم واجبة ولا عليك هذه الألف من غير الوجه الذى أقر^(٣) له به ؟ { أما القاضي فإِنما لم^(٤) يجب له أن يسأل المدعى عن السبب قبل أن يسأل المدعى عليه عن المال فلأن أصل الدعوى هو المال . فما لم يسأل المدعى عليه عن أصل الدعوى — أصححة أم لا - لا معنى لسؤال المدعى عن السبب . فلذلك قلنا إنه //

[ف هـ ب] ينبغي أن يسأل المدعى عليه عن^(٥) المال أولاً . فإن أقر به وادعى أنه من وجه كذا كذا سأل القاضي المدعى بعد ذلك عن الوجه الذى يدعى المدعى عليه إن كان وجهاً لا يمنع ثبوت المال معه ، لأن أصل الدعوى قد ثبت والمدعى عليه يدعى سبباً^(٦) لا يجب عليه تسليم المال إلى المدعى مع ثبوته . مثل أن يدعى أن المال من ثمن هذا العبد الذى فى يدى المدعى . فلا بد للقاضي من أن يسأل المدعى عن ذلك لأنه لو أقر به^(٧) لم يلزم المدعى عليه بتسليم المال بغير شيء يستحقه عليه // [ل ٧ ب] وإِنما عليه تسليم

(١) ل : يقر .

200 (١) ل ١ من .

(٢) كذا فى الأصل ، ولعل الصواب : أقررت .

(٣) ل : من .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ف : شيئاً .

المال وقبض^(٧) العبد . وإذا كان كذلك سأل القاضي المدعى عن السبب ، فإن أقر^(٨) بذلك ثبت المال على الوجه الذى ادعى المدعى^(٩) عليه ، إن كان ثمن عبد فعليه تسليمه وعلى المدعى تسليم العبد إلى المدعى عليه^(١٠) . وإن أنكر المدعى السبب الذى يدعى المدعى عليه^(١١) وقال : هذا المال عليه من قرض أو غصب أو من وجه غير ثمن العبد ، فالقول قول المقر بالمال فيحلف^(١٢) : بالله ما لهذا على هذه الألف من غير ثمن العبد من الوجه الذى ادّعاها ، من قبل أن المدعى عليه لم ينف بالسبب المدعى^(١٣) ما أقر به من المال إذ المال ثابت مع وجود السبب . فإذا أنكر المدعى السبب كان القول قول المدعى عليه : ما له على مال غير هذا الذى هو ثمن العبد . فإن حلف برىء من دعوى المدعى وإن نكل عن اليمين لزمه دعواه . وأما إذا كان السبب الذى ادعى المدعى عليه سبباً يمنع ثبوت المال معه لم يجب على القاضي أن يسأل للمدعى عن السبب ، مثل أن يكون ادعى ثمن ميتة أو دم ، لأن المدعى عليه لم يعترف بعد بثبوت^(١٤) المال عليه إذ ثمن الميتة والدم لا يلزمه فصار كأن المدعى ادعى عليه ما لا وأنكر المدعى عليه ذلك فيحلف المدعى عليه : بالله^(١٥) ما لهذا المدعى عليك ألف درهم واجبة ولا عليك هذه الألف^(١٥) من غير^(١٦) الوجه الذى أقررت به ؟ فإن حلف برىء من دعواه وإن نكل عن اليمين لزمه الألف درهم^(١٦) .

(٧) الواو للقبضة بمعنى : منه قاض العبد .

(٨) ل : ساقط من ف . (٩) ساقط من ف .

(١٠) ساقط من ف . (١١) ل ج فقط .

(١٢) ف ، ج : المدعى عليه . (١٣) ف ، ج : بثوت .

(١٤) مزيد ل ف : الحق لا إله إلا هو .

(١٥) ل عن . (١٦) ساقط من ل .

201 "فإن قيل^(١) : إذا قال عليّ ألف درهم ، فقد لزمه ، فقلوه : من ثمن ميتة أو دم ، يدعى إسقاطه ، فيلغى أن لا يقبل قوله ، كما قال أبو حنيفة في مسألة البيوع إذا قال : عليّ ألف درهم من ثمن^(٢) عبد باعنيه وليس العبد بعينه ، إن الألف لازمة^(٣) له ولا يصدق على أنه من ثمن عبد بغير عينه ،^(٤) قيل له^(٥) : هذا لا يشبه ذلك من قبل أن ها هنا لم يقرّ بالمال حيث ادعى أنه من ثمن ميتة ، فصار هذا كالاستثناء — إن^(٦) المستثنى من الجمله وإن أقر به^(٧) بهدء لم^(٨) يلزمه بعد الاستثناء لأن الكلام // [ل ٨ ؛ أ] موصول .^(٩) هذا الذى قال الشيخ رحمه الله ولم يبينه بأوضح من هذا . وهو مشكل على مذهب أبي حنيفة لأنه فرّق بينه وبين تلك المسئلة^(١٠) . وأما أبو يوسف وعمره فقد سوّيا بينهما ولم يلزمه شيئا إذا كان الكلام موصولا^(١١) // [ف ٤ ؛ أ] .

202 قال الخصاف : { وإن قال : هذا العبد له وليس لى وهذه الألف لى عليه من غير ثمن هذا العبد ، يعنى إذا أقرّ للدعى عليه بالمال وادعى أنه من ثمن هذا العبد المعتبر ، فإن القاضى يأمر المدعى عليه بدفعه الألف إلى المدعى ويأمر المدعى بدفع العبد إلى المدعى عليه } . ذلك أن المدعى عليه قد اعترف بوجوب تسليم المال إليه قبل قبض العبد لأن الثمن حكمه أن يُسلم إلى البائع قبل قبض المبيع فيأمره القاضى بتسليم المال إلى البائع وأمر

201 (١) ف : قال الشيخ رحمه الله .

(٢) ساقط من ل . (٣) ف : لازم .

(٤) ف : فقال . (٥) ساقط من ف .

(٦) ف ل : دعى لم . وف : لم . وف : ج : المرء .

(٧) ساقط من ل . وبين أن الجملة الأولى ملحق لأحد طلبة الشيخ الجصاص .

(٨) مزيد هنا لى ف ، ج فقرة طويلة بشكل ملحق لؤلؤ متأخر عن الفرق بين المستثنى في المذهب .

المدعى حيثئذ بتسليم^(١) العبد إلى المدعى عليه لأن "المدعى المال"^(٢) قد اعترف بوجود تسليم العبد إلى المدعى عليه وإن لم يعترف بالبيع ، فعليه^(٣) تسليمه إليه . ولا يكون هذا حكماً بالبيع وإنما هو حكم بالعبد للمدعى عليه من جهة المدعى بإقراره . وبالمال للمدعى من جهة المدعى عليه بإقراره . وليس لواحد منهما على صاحبه حقوق البيع لأن المدعى لم يلتزم البيع للمدعى عليه فلا يُحكم عليه بالبيع^(٤) والله أعلم^(٥) .

باب ما لا يجب فيه اليمين

قال "أبو بكر"^(١) الخصاف : { قال^(٢) أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر^(٣) : الحدود كلها لا يجب فيها أيمان^(٤) } إلا السرة // [ف ٤٦ ب] فإنه يُحلف المدعى عليه إذا ادعى المدعى قبله مالا وأنه سرقه منه . حلفه على المال : بالله ما له عاينك هذا المال ولا عندك ولا قبلك من هذا الوجه الذي ادعاه ولا شيء منه ؟ فإن نكل عن اليمين لزمه المال ولا قطع عليه . وهذا أصل متفق عليه لأن المسلمين لم يختلفوا أن الحدود لا تؤخذ بالنكول . وأبو حنيفة ، رضى الله عنه ، استخرج^(٥) منها معنى وهو أنه لا يصح بذلها^(٦) من جهة الحكم . وقاس عليه^(٧) كل ما لا يصح بذله من جهة الحكم ،

202 (١) ل : يلبس . (٢) ف : المال للمدعى .

(٣) ف : الله . (٤) ف : لا يقطع .

203 (١) ساقط من ف .

(٢) ف : أبو يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد .

(٣) ساقط من ل . (٤) ل : لا يستخرج .

(٥) كذلك ج . ول ل ، ف : بذلها . ولعل العوالم ما أثبتناه .

(٦) ف : عليها .

اذ النكول عنده بذل^(٧) وقد يتنا هذا في كتاب الدعوى^(٨) . وأبو يوسف
وعمد قالوا : الحدود أصل متفق عليه ، فسلّمناه^(٩) // [ل ٨؛ ب] للاتفاق .
وما عدا الحدود نعمله على الإقرار . فكل ما صح فيه الإقرار جاز أخذه
بالنكول ، فيُحلف ، وكل ما لا يصح فيه الإقرار لم يجر له أخذه بالنكول ،
فلم يُحلف عليه إلا أن يدعى به ثبوت شيء يصح فيه الإقرار ولا يمكن
إثباته إلا بإثبات المعنى الذى لا يصح الإقرار فيه ، فيحلف فيه^(١٠) . لأن
النكول عندهما قائم مقام الإقرار ، فاصح فيه الإقرار يجب فيه البين
وما^(١١) لا يصح فيه الإقرار لا يمين عليه^(١٢) إلا على الوجه الذى ذكرنا^(١٣) .

204 قال الخصاف : { وكان أبو حنيفة لا يحلف فى النكاح إن ادعى
ذلك الرجل على المرأة أو المرأة على الرجل ، ولا يحلف فى الرجعة أيهما
ادعى ، ولا فى الولاء ، ولا فى الرق إن ادعى أن هذا مملوك أو هذه مملوكة .
ولا يحلف فى الإيلاء وهو الرجل يولى من أمراته فيمضى أربعة أشهر ثم
يقول : قد كنتُ فُتْتُ إليها . فإنه لا يُستحلف على ذلك . ولا يحلف
فى " الدسب إن " ادعى رجل أن هذا ابنه ، أو كان الابن هو المدعى أن
هذا أبوه ، لم^(١٤) يحلف المدعى عليه منهما على نسب المدعى^(١٥) } . هذا الذى
ذكر^(١٦) الخصاف وهى ست مسائل . والمسائل التى يخالف أبو حنيفة^(١٧) سائر
أصحابه سبع : ست منها التى ذكرها الخصاف ، ومسئلة الاستيلاء لم يذكرها^(١٨) .

(٨) ف : سلّمناه .

(٩) يزيد ل ف هنا : وسنبين هذا فيما يأتي بعد إن شاء الله .

(١٠) ل : على .

(٧) ساقط من ل .

(١٠) ساقط من ل .

(١٢) فل : يتنا .

(١٤) ساقط من ل .

204 (١) ل : للسياط .

(١٥) ساقط من ل .

(٣) ف : كسب .

(٥) ساقط من ل .

وتخصيها ثلاث في النكاح وما يتعلق به من الرجمة والفيء في الإيلاء وثلاث في الرق وما يتعلق بها من الولاء والاستيلاء وواحدة في^(٦) السب وهو متعلق بالنكاح والرق جميعاً . فهذه سبع مسائل لا يحلف فيها أبو حنيفة ، وسائر أصحابه يحلفون فيها .^(٧) وموضعه كتاب^(٨) الدعوى . وأما ما لا يصح إقراره فيه لم^(٩) يحلف عليه عندهم جميعاً ، إلا أن يدعى حقاً متعلقاً به يجوز إقراره فيه . وذلك مثل رجل ادعى على رجل أنه أخوه لأبيه وأن أباهما مات وترك ما لا في يدى هذا المدعى عليه فإنه يحلف المدعى عليه على دعوى هذا ، فإن نكل عن اليمين شاركة في المال الذي في يديه ولم يثبت نسب ، لأنه لو أقر بالنسب لم يثبت لأن قوله // [ل ٩ ؛ أ] غير مقبول على أبيه . وشاركة في المال لأن إقراره بالمال جاز لأنه // [ف ٧ ؛ أ] أقر^(١٠) على نفسه بخلفائه وأثبتنا عليه^(١١) بنسكوله ما جاز لإقراره فيه ، ولم يثبت ما لم يجر إقراره فيه .

205 { وكذلك لو ادعى رجل زَين أن هذا الرجل الآخر^(١٢) أخوه وأن نفقته تجب عليه وأنكر الآخر^(١٣) الأخوة فإن^(١٤) القاضى يحلفه على الأخوة ، فإن نكل^(١٥) كان عليه^(١٦) نفقة الزَين ولا يثبت السب من أبيه . ولو ادعى الرجل في المسلمين جميعاً الأخوة ولم يدع بها ميراثاً ولا نفقة لم يحلف المدعى عليه على دعواه { لأنه لو أقر به لم يجر لإقراره ، فلا تجب عليه اليمين . } وكذلك الوصية والوكالة : لو ادعى رجل على غيره أنه وصى الميت أو أنه وكيل النائب ، وليس الوصى وارثاً ، لم تجب على الوصى ولا على الوكيل يمين { ،

(٧) ف : وقد بينا تفسيرها في

(٩) ساقط من ف

(٢) ل : كان

(٦) ساقط من ل

(٨) ساقط من ف ، ج

(١٠) ساقط من ف

(١١) 205 ساقط من ف

(١٢) ف : فرض عليه

لأن الوصى لو أقر بالوصية إليه لم تثبت الوصية بإقراره . وكذلك الوكالة لا تثبت بإقرار الوكيل ، فلا يمين عليهما . وأما إذا كان وارثاً فإنه ^(١) يحلف لأن الوارث يقوم مقام الميت ، ويحلفه . ألا ترى أن له أن يرد المبيع ^(٢) الذى اشتراه الميت بالميت إلى بائعه ويرد عليه ما باعه الميت بالميت ، ويحلف على الخصومة التى تولها الميت ؟ والوصى ليس كذلك وإنما هو مثل الوكيل فى هذا الباب فلا يحلف على ما يدعى على الميت ولا يصح إقراره بأنه وصية ، فلا يمين عليه .

206 وكذلك الرجل فى يده غلام أو جارية أو عرض من العروض فادعى عليه رجلان ، كل واحد منهما أنه اشتراه من الذى هو فى يده فأقر به لأحدهما بعينه أنه باعه منه . فقال الآخر للقاضى : حلفته ^(١) لى أنه لم يبعه منى ، فإنه لا يمين عليه فى ذلك { لأنه لو أقر له ^(٢) بعد ما أقر به للأول لم يجر ^(٣) إقراره لأن البائع إذا أقر بعد البيع فقال ^(٤) : قد كنتُ بعت العبد من غير هذا المشتري لم يلفظت إلى قوله . كذلك هذا . قد صار العبد للمقر له بالبيع . فقول ^(٥) البائع ^(٦) بالبيع من الآخر غير مقبول . فإذا لم يقبل قوله فيه لم يجب عليه اليمين . فإن قيل : فلم لا يحلفه ويضمنه قيمته إذا نكل لأنه قد قد استهلك على الأول قيل // [ل ٤٩ ب] له إن الإنسان لا يضمن مال الغير ^(٧) بقوله ، ولم يؤخذ منه ما هنا غير القول ، فلا ضمان عليه . { وكذلك لو ادعى رجلان على امرأة ^(٨) تزويجها وقسماها إلى القاضى فأقرت أنها

(١) ف : المدعى .

(٢) مزيد لى لى هنا : لا .

(٣) ف : به .

206 (١) ف : يحلفه .

(٤) ل : أنه .

(٥) مزيد لى لى هنا : له .

(٦) ل : فيقول .

(٧) ف : بعد ذلك إلى كنتُ بعه من غيره .

(٨) ل : أن الزوج ادعى .

(٩) ل : اليمين والميثاق لى ف ، ج .

امرأة أحدهما فقال الآخر : حلفتُ إلى (١) ، فإنه لا يمين عليها { لأن إقرارها بالنكاح للآخر لم يحرز فلا يمين عليها فيما لا يصح إقرارها فيه . } وكذلك لو ادعى كل واحد من الرجلين على المدعى عليه هبة (٢) العبد الذى فى يديه وأنه قد قبضه منه (٣) ، أو ادعى صدة مقبوضة فهو مثل الشراء إذا أقر به لأحدهما أو نكل عن اليمين لأحدهما لم يحلف للآخر { لأن إقراره للآخر (١٢) بعد (١٣) ما أقر للأول أو نكل عن يمينه لم يحرز فلا يحلف عليه أيضاً . } وكذلك لو ادعى أحدهما // [ف ٤٧ ب] الشراء أو الهبة والآخر رهنأ فأقر لصاحب الشراء أو الهبة لم يحلف للرتين { لأن الملك قد صار للقر له ، فأقرار الذى فى (١٣) يده به لغيره لم يحرز (١٤) . } وكذلك لو كان مكان الرهن إجارة فالسألة بحالها { وهو مثل هذا .

فصل

207

{ ولو أقر به للرتين أو للمستأجر أولاً محلف على دعوى المشتري والموهوب له { ، لأن إقراره بالرهن لم يوجب تمليك الرهن للرتين . وكذلك إقراره بالإجارة لم يوجب تمليك المستأجر للمستأجر . فإذا كانت الرقبة باقية على ملكه ويحرز إقراره بها لمدعيها (١٥) محلف على دعوى مدعى الرقبة ، فإن نكل فى الشراء (١٦) أو أقر به للمشتري بعد إقراره بالرهن أو بالإجارة فالمشتري بالخيار إن شاء صبر حتى يفسك الرهن أو تنقضى مدة الإجارة وإن شاء فسخ البيع .

(١٠) ف ، ج : لا .

(١٢) ساقط من ف ، ج .

(٢) ل : لمدعيها .

(٩) ساقط من ل .

(١١) ساقط من ف .

(١٣) ف : يديه لغيره لا يجوز .

207 (١) ف : وكذا .

(٢) ل : المشتري .

فصل

{ ولو كانا جميعاً ادعيا الإجارة والرمن فأقر لأحدهما لم يملّف للآخر }
لأن كل واحد من المدّعين إنما ادعى حبس رقبة واحدة في مدة واحدة^(١) ،
فإذا استحق أحدهما حبسه في تلك المدة لم يجر إقراره به للآخر . وكذلك
الإجارة إذا ادعى كل واحد منهما استيفاء المنافع في مدة واحدة ، فإذا استحق
أحدهما استيفاء^[ل . ه أ] المنافع في تلك المدة لم يجر إقراره للآخر
باستحقاق المنافع في تلك المدة لأنه لا يملكها ، فصار المنافع هاهنا كالرقبة
في الهبة والشراء .

فصل

ولو ادعى رجل على رجل شفعة دار اشتراها وحددها بدار له فسأل
القاضي المدعى عليه عن ذلك فقال : هذه الدار في يدي لإبني هذا الطفل ،
فإن الدار تكون للطفل ولا يمين عليه للمدعى الشفعة { لأنه لو أقر بالشراء بعد
إقراره بها للطفل لم يجر إقراره ، فلا يخالف على ما لا يجوز إقراره فيه . ويقبل
بينه الشفع على إن أقامها على الشراء لأن الأب خصم عن الطفل فتقبل بينة
المدعى عليه وإن لم تجب عليه اليمين .

210 ولو أن رجلاً قدّم وصياً لرجل^(١) إلى القاضي وادعى أن الملت
أوصى إليه وإلى الوصي ، وأنكر الوصي ذلك ، لم تجب على الوصي البين على
وصية المدعى { لأنه لو أقر بوصيته لم يجر إقراره بها ، فلا يخلّف على ما لا يصح
إقراره فيه . ولكن المدعى لو أقام بينة على دعواه قبلنا بينته وأثبتنا وصيته .
وليس إثبات الوصية على المدعى عليه في هذا كإثبات الوكالة على المطلوب

208 (١) مردد له هنا : في الرمن .

210 (١) ساقط من ف .

من جهة الغائب^(٢) باستيفاء دينه^(٣) . إن المطلوب يُختلف على وكالة الوكيل ، وإن أقر بها يلزمه تسليم المال . ولا يختلف للدعي عليه : بالله ما^(٤) هذا وصى الميث^(٥) وإن أقر بها لم يجر إقراره . والفرق بينهما أن المطلوب إذا أقر بالوكالة فإن القاضى إنما يأمره بدفع المال إليه بإقراره ويكون الغائب على حقه ، إذا جاء له أن يطالب المطلوب بحق نفسه ، فيكون إقرار المطلوب ما هنا // [ف ٨٤ أ] نافذاً على نفسه دون الغائب . وهذا غير ممتنع لأن إقراره بأن هذا وكيل الغائب بقبض الدين الذى عليه^(٦) ليس فيه اعتراف أن حق الغائب قد سقط لأن وكالة الوكيل باقتضاء الدين لا تُبطل حق الموكل // [ل ٥٠ ب] فى الاقتضاء . ألا ترى أن له أن يطالب المطلوب بالاقتضاء مع بقاء الوكالة ؟ فلذلك فانا إن إقراره بالوكالة جاز على نفسه دون الغائب ، فيؤمر بتسليم المال إليه ويكون الغائب على حقه . فإذا كان كذلك جاز للوكيل أن يخافه^(٧) لأن إقراره جاز فى تسليم المال إليه وإن لم يجر على الغائب ، فله أن يخافه^(٨) عليه إذا كان فى نكوله ثبوت حق الوكيل فى القبض كما يثبت فى الإقرار . وأما الوصى فليس كذلك لأن القاضى لو^(٩) أجاز إقرار^(١٠) المطلوب على نفسه بدفع المال إلى الوصى كان ذلك قضاء على الميث لأن الوصى لا يثبت له حق القبض من جهة الوصية إلا مع بطلان حق الموصى فى القبض ، إذ الوصية لا تصح إلا بعد موت الموصى لحكم القاضى على المطلوب بتسليم المال إلى الوصى بإقراره من جهة الوصية حكم على الميث ، ولا يجوز^(١١) أن يقبل قول المطلوب على الميث فلا يقبل إقراره ولا يختلف عليه فيما لا يجوز^(١٢) إقراره أيضاً . وفى مسألة الوكالة لم يكن حكم القاضى على المطلوب بدفع المال بإقراره إلى الوكيل حكماً^(١٣) على الغائب إذا لم يكن فى ثبوت حق الوكيل فى القبض

(٢) ساقط من ف . (٣) ل : هذه وصى فلان الميث .

(٤) كذا فى ج . فى ف : على . والكلمة ساقطة ل .

(٥) ساقط من ل . (٦) ف : حكم بالقرار .

(٧) ساقط من ل . (٨) فى الأصل : حكم .

^(١) نفي حق ^(٢) الموكل في القبض لما يتنا ، فذلك افتراقا . وأيضاً فإن حكم القاضي على الغائب لا يجوز وحكمه على الميت جائز . فذلك حكمه على المقر بدفع المال إلى الوكيل لا ينفذ على الغائب إذ لم يجوز قضاؤه عليه فلا يمنع إيفاء الحكم على المقر بالدفع إذ لم يكن في ذلك حكم على الغائب . ولما كان حكمه على الميت جائزاً لم يجوز له أن يأمر المقر بدفع مال ^(٣) الميت ^(٤) إلى الوصي لأنه يكون فيه حكم على الميت بقول المطلوب فلا يجوز للقاضي أن يحكم على الميت بقول المطلوب . فذلك افتراقا .

باب اليمين على العلم

211

الأصل في هذا الباب أن المدعى إذا ادعى شيئاً على المدعى عليه وكان الشيء ^(١) المدعى من فعل غير المدعى عليه فإن المدعى يحلف على علمه دون البتات ، إلا أن يكون شيئاً يلزمه تسليمه مثل عيب المبيع ، لأنه يجب على البائع تسليمه صحيحاً وإن كان العيب من غير فعل البائع . وإن كان الشيء المدعى من فعل المدعى عليه فاليمين على البتات ^(٢) . والحجة في الوجهين جميعاً ما روى عن النبي صلى الله عليه // [ل ٥١ أ] وسلم في القسامة في قصة الأنصاري الذي // [ف ٤٨ ب] قُتل بغيره ، يحلف اليهود ، خمسين ^(٣) منهم : بالله ما قتلنا ^(٤) ولا علينا قتله . فأوجب اليمين على البتات ^(٥) في أصلهم ^(٦) ، وهو قولهم : ما قتلنا ، وعلى العلم على فعل غيرهم وهو قولهم : ولا علينا قتله . وقد استقصينا هذه المسئلة في كتاب الديات . فإذا كان هذا على ما وصفنا

(١) ل : اليمين .

(٢) ب : بما لحق .

(٣) ل : البتات .

211 (١) ساقط من ف .

(٤) ل : قلنا .

(٢) ل : عسود .

(٦) ل : أموالهم .

(٥) ل : البتات .

^(٨) جئنا إلى مسائل الباب ٧ قلنا { لو أن رجلا قدّم رجلا إلى القاضى فقال له : إن أباهذا توفى ولى عليه ألف درهم ، فإنه ينبغي للقاضى أن يستل المدعى عليه هل مات أبوه . فإن قال : نعم ، سأله عن دعوى الرجل على أبيه . فإن أنكر وأراد استحلافه على ذلك بالله ، حلفه : بالله ما تعلم لفلان ^(٩) بن فلان ^(٨) هذا على أبيك هذا الحال الذى ادعى وهو ألف درهم ولا شيء منه { ؟ والأصل فى هذا أن القاضى ، إذا اجتمعت الخصومات بعضها مبينة على بعض ، ينبغي له أن يرتبها ولا يمدخل بعضها فى بعض بدلالة ما ذكرنا من الوكيل ، إذا ادعى مالا على المطلوب للوكيل ، لم يقبل قوله حتى يثبت الوكالة أولا ، لأن خصومته فى إثبات المال على المطلوب مبينة على الوكالة . وكذلك المشتري إذا أراد رد العبد المشتري بالعيب لم يقبل القاضى خصومه فى الرد حتى يثبت العيب أولا ، لأن خصومته فى الرد مبينة على حصول العيب فى العبد ، فلا يقبل الخصومة فى الرد أو ^(٩) يثبت العيب . كذلك فى مسئلتنا قد اجتمعت ثلاث خصومات ، أحدها كون الوارث خصما عن الميت ، وهذا لا يثبت إلا بعد موت الميت . ^(١٠) فينبغى أولا أن يثبت موت الميت حتى تثبت للدهى خصومة الوارث . فإذا ثبت موت الميت ^(١١) صار الوارث خصما عن الميت ، فيثبت له أن يخاصمه فى إثبات المال على الميت . وهذه الخصومة لا تكون إلا بعد كون الوارث خصما عن الميت . فإذا ثبت المال على الميت كان له أن يخاصمه فى إثبات تركه الميت . وهذه الخصومة أيضاً ينبغي أن تكون بعد ثبوت المال // [ل ٥١ ب] لأنه ما لم يثبت له المال على الميت لا يكون خصما فى إثبات التركة . وليس لقائل أن يقول : ينبغي أن لا تكون الخصومة فى إثبات المال إلا بعد ثبوت ^(١١) التركة لأن الوارث لا يلزمه قضاء دين الميت إذا لم يترك الميت شيئا

(٨) ساقط من ف .

(١٠) ساقط من ف .

(٧) ساقطة من ل .

(٩) معنى : إلا أن .

(١١) ف : إثبات .

من أجل أن الميت وإن لم يترك في يدي الوارث شيئاً في الظاهر فإن المدعى أن يثبت الدين على الميت لحكم إن ظهر للميت مال أو وديعة كان مستحقاً بدينه دون الوارث . فالأوجب أن يخاصم أولاً في إثبات الدين ثم في إثبات التركة . فهذه المسئلة قد انتظمت ثلاث خصومات ، أولها موت الميت حتى يصير الوارث خصماً ، والثانية إثبات الدين على الميت ، والثالثة إثبات التركة في يدي الوارث حتى يستحقها بدينه . فالخصومة ^(١٢) الأولى وهي موت الميت يحلف الوارث على عله : بالله ما ^(١٣) [ف ٦٩] تعلم ^(١٤) أن أباك قد مات ؟ والثانية أيضاً على عله : لا تعلم أن لي عليه كذا وكذا درهماً ؟ والثالثة يحلف على البثا : بالله ما ترك في يدك ^(١٥) شيئاً من المال ؟ من قبل أن الموت وإثبات الدين ليسا من فعل الوارث فلا يحلف الوارث على البثا ^(١٦) ويحلف على العلم . وأما قبض التركة فهو فعله فيُحلف على البثا . فإذا كان هذا على ما وصفنا قلنا له إن القاضى ينبغي أن يسأل المدعى عليه عن موت الأب أولاً ، فإن قال : نعم ، صار خصماً للمدعى فيسأله عن دعوى الرجل على أبيه . فإن أنكر وأراد استخلافه على ذلك : بالله ما تعلم أن فلان بن فلان هذا على أبيك هذا المال الذى ادعى وهو ألف درهم ولا شيء منه ؟ فإن حلف برىء من دعوى المدعى وإن نكل عن اليمين وقال : لم يصل إلى من ميراثه شيء ، فقال المدعى : بل قد وصل إليه من مال أبيه ألف درهم أو أكثر فاستخلافه على ذلك البثا لأن للوارث هو القابض له ^(١٧) ،

(١٢) ل : الأولى هي وموت .

(١٣) هنا تنتهى صفحة ٤٨ ب من خطوطة ف . ويظهر أن الورقات العشر التالية سقطت من مكانها في المخطوطة ثم أعيدت لها غير مكانها فيها ، فهي تقع فيها بين ٦٩ أو ٨٧ ب .

(١٤) ساقط من ف . (١٥) ف : يدعى .

(١٦) ل : لإثبات .

(١٧) من يد ل ف ، ج هنا : ومن ملكه استحق الميراث .

فيحلف على البثاث . فإن حلف ^(٨) على ذلك ^(٩) رى من دعواه ، وإن نكل عن البين يلزمه قضاء دينه .

212 ولم رتب الخصاف هذا الترتيب وجوز الجمع بين الخصومات // [٥٢] كلتها وترك الترتيب على ما ذكرناه وفرق بينهما ^(١٠) وبين ما ذكرنا من الوكيل بقبض الدين والرد بالعيب . وهذا صحيح أيضاً . وما ذكرناه أحسن وسنبين وجه هذا في موضعه إن شاء الله تعالى .

فصل

213

{ ولو ^(١١) كان القاضى بدأ البين على التركة قبل إثبات الدين "فيحلف : بالله ما ترك والذى شيئاً من المال . وإن أراد المدعى استخلافه على إثبات الدين" على الميت فقال الواو : ليس على يمين لأن الميت لم يترك شيئاً فإن القاضى لا يلتفت إلى هذا ، وله أن يحلفه على إثبات الدين { لما بينا أنه يجوز أن يظهر للميت مال ، فلمدعى أن يثبت الدين لكى ^(١٢) إن ظهر للميت مال من دين على إنسان أو ودعة عند إنسان كان له أن يستحلفه ^(١٣) بدينه .

فصل ^(١٤)

214

قال الخصاف : { فإن أنكر أن يكون أبوه مات وأراد الغريم استخلافه

(١٨) ساقط من ف .

212 (١) له يريد : الموت وإثبات الدين .

213 (١) ف : قالوا ولو . (٢) ف : ج فقط .

(٣) ل : لكن .

(٤) كذا في ج ، ل . ولعل المواب : يستحلفه .

214 (١) هذا العنوان في ل فقط .

على ذلك استحلّفه ؛ بالله ما تعلم أن أباك مات ولا وصل إليك من ميراثه شيء^(٣) ؟ فإن نكل من البين في ذلك حلّف في الدين على عليه . ولم يذكر أنه يحلّف أولا على موت الميت ثم يخاضع في إثبات الدين . وفرق بين هذا وبين الوكيل في قبض الدين من المطلوب وبين الرد بالعيب . وذلك أن الطالب ها هنا ليس يدعى إثبات الدين على الوارث وإنما ادعى إثباته على الميت وأن^(٤) الوارث قائم مقامه في قضائه من مال الميت فيجوز أن يجمع بين ذلك كله^(٥) ، كالمطالب إذا ادعى على رجل أنه وكيل^(٦) ، فلان بقضاء دين الطالب عليه وأقام على ذلك بيّنة قُبِلت بينته في كون المدعى عليه وكيلًا بقضاء دين^(٧) الطالب .

فإن // [ف ٦٩ ب] الدين ثابت على المطلوب وهو كيت وكيت فلا يحتاج إلى إثبات وكالة المدعى عليه من جهة المطلوب أولا ثم إثبات دين الطالب على المطلوب . كذلك مستلثنا مثل هذا لأن الطالب ادعى المال^(٨) على الميت^(٩) وأن الوارث قائم مقامه في قضاء الدين لكون التركة في يده ، فله أن يحلّفه على ذلك كله في حال واحدة . فيحلّف : بالله ما تعلم أن أباك مات وأنه ترك مالا في يدك ولا تعلم أن لي عليه كذا وكذا // [٢٧ ب] درهما . إلا أن الخصاف لم يذكر ثبوت الدين مع الموت والتركة . وهو كله في معنى واحد في باب الجمع بينهما في خصومة واحدة . وأما الوكيل بقضاء الدين من المطلوب فليس كذلك لأن الوكيل ها هنا هو المدعى ، والمطلوب هو المدعى عليه ، فالمدعى ها هنا يدعى إثبات الدين على المطلوب بوكالة الغائب وهو لا يكون خصما في إثبات الدين على المطلوب إلا بعد الوكالة من جهة الغائب والمدعى في مستلثنا خصم لأنه يدعى إثبات الشيء لنفسه لا من جهة إنسان آخر . فإذا كان كذلك فارق مسألة الوكيل مستلثنا من هذه الجهة . وأما مسألة الرد بالعيب فإن الفرق بينهما

(٢) ساقط من ل . (٣) ق ل قطع .
 (٤) ساقط من ل . (٥) ل ؛ وكيلًا .
 (٦) كلمة هي معروفة في ل . (٧) ق ل ؛ ج قطع .
 (٨) ق ل ؛ ج قطع .

وبين مسئلتنا أن الرد لا يجب ولا يثبت حكمه إلا بثبوت العيب لأنه لا تجله
يُسرّد المبيع، وليس كذلك مسئلتنا، لأنه ليس ثبوت المال^(٩) مقصوداً على
ثبوت الدين والتمرك، لأن الدين كائن^(١٠) لا محالة إذا كان ميتاً، ثبت الدين
أو لم يثبت، ترك الميراث^(١١) أو لم يترك، فافتراقا من هذه الجهة^(١٢). والثاني
أن المشتري يدعى الحق على البائع دون غيره والبائع يقول: أنت ليس بخصم
في الرد ما لم يثبت العيب لأنه ليس لك حق الرد إلا بالعيب، والعيب لم يثبت
قلا خصومة بينه وبين البائع من هذه الجهة. وليس كذلك مسئلتنا لأن الطالب
خصم فلا يدعى الدين على الوارث وإنما ادعى على الميت، وأن^(١٣) الوارث
قائم مقامه فأشبه مسئلتنا ما ذكرنا من الطالب إذا ادعى على رجل أنه وكيل
المطلوب في قضاء الدين، وأشبهت مسألة الرد ما ذكرنا في الوكيل بقبض الدين
من المطلوب للعلة التي ذكرنا.

215 قال الشيخ: ويثبت مسئلتنا أيضاً المشتري إذا أراد رد المبيع بالعيب
وقد ثبت العيب^(١٤) إلا أن البائع أنكر البيع فله أن يحلفه: بالله ما بعث مني
هذا العبد وما وجب لي عليك رد هذا العبد بهذا العيب // . ولا يحتاج إلى
إثبات البيع أولاً ثم إثبات الرد بالعيب لأن الرد بالعيب لم^(١٥) يثبت إلا
بعد البيع.

216 قال^(١٦): {ولو أن رجلاً قدّم وارثاً^(١٧) // [ل ٥٣ أ] إلى القاضي
وادّعى أن له على الميت حقاً سماه أو أن الميت أوصى إليه بوصية فإن الوارث

(٩) ساقط من ف.

(١٠) المتى مضطرب في هذه الجملة.

(٨) ف، ج: الوث.

(١٠) ساقط من ل.

(١٢) ف، ج: ولو أن.

(٧) ل: وإن لم.

215 (١) ساقط من ل.

(٧) رجلاً وارثاً.

216 (١) ل: ج: الط.

يُستحلف^(٣) على عليه // [ف ٧٠ أ] في ذلك { . وكذلك كل حق يُدعى على الميت^(٤) فإنه يستحلف فيه على عليه من قبيل أن الوارث خصم عن الميت في كل ما يُدعى على الميت^(٥) لأنه قائم مقامه ، إلا أنه يحلف على عليه لأنه هلى^(٥) قبل الميت .

مسئلة

217

قال^(١) : { ولو أن رجلاً اشترى جارية أو غيرها وقبض ذلك المشتري منه ، ثم إن رجلاً ادعى أنه اشترى ذلك من البائع قبل أن يشتريه هذا المشتري ، وقدم هذا المشتري إلى القاضي ، فإن المشتري الذي ذلك في يده يستحلف على عليه : بالله ما تعلم أن هذا الرجل اشترى هذا الشيء من فلان ابن فلان قبل أن تشتريه أنت منه { ، من قبل أن يمين^(٢) ها هنا على فعل الغير وهو البائع والمشتري الآخر الذي هو المدعى . قال : { فإن عرض المدعى عليه شيئاً^(٣) فقال : قد^(٤) يشتريه ثم يتقضى البيع ، فإن القاضي يحلفه : بالله ما تعلم أن هذا الشيء شراء لفلان بن فلان قبل أن تشتريه أنت ، يعنى في^(٥) حال ما اشتريته كان شراء^(٦) للمدعى باقياً عليه { ، من قبل أن القاضي لو حلف المشتري : بالله ما تعلم أن فلاناً كان اشتراه ، لم يقدر أن يحلف هلى ذلك إن كان فلان قد اشتراه وإن كان قد انتقض البيع بعد ذلك واشتراه المشتري ولم يكن بين البائع والمدعى بيع . وإذا كان كذلك لم ينبغ للقاضي أن يحلف المدعى عليه فيما يكون عليه حيف ، ولكن يحلفه على ما يتشا .

(٤) ساقط من ل .

(٣) ف : يستحلفه .

(٥) ساقط من ف .

(٦) ل : الزمن .

217 (١) ل ف ، ج قطع .

(٤) ل ف ، ج قطع .

(٣) ف : بهي .

(٦) ساقط من ف .

(٥) ساقط من ف .

218 قال : { " وكذلك رجل " قدم رجلا إلى الحاكم فادعى أن غلامه^(١) استهلك له مالا أو جنى عليه جناية^(٢) فيما دون النفس أو ادعى أنه جنى على ابنه أو جنى عليه جناية^(٣) في النفس أو فيما دونها فإن مولى العبد يحلف عليه^(٤) : بالله ما تعلم أن عبدك هذا فعل كذلك { ، من قيل أنه يمين على فعل الغير وهو العبد . ولو كان المدعى ادعى على العبد كقول ابنه عمداً^(٥) (أو ولياًه) فالمسئلة بحالها^(٦) ، فإنه لا يمين على مولى العبد في هذا لأن المولى لو أقر^(٧) بذلك لم يجر إقراره على // [ل ٥٣ ب] عبده في قتل العمد لأن المولى لا يملك هذا المعنى من العبد ، فلا يجوز إقراره لأنه لا يجوز إقرار الإنسان فيما لا يملكه . وإذا لم يجر إقراره لم يحلف عليه . وكذلك المطلوب إذا ادعى على الطالب أن وكيله قد قبض ما عليه من الدين وأنكر الطالب قبض الوكيل فالمطلوب أن يحلف الطالب : بالله ما تعلم أن وكيلك قد قبض مني هذا المال الذي يدعى ، لأن هذا أيضاً على فعل^(٨) الغير وهو^(٩) الوكيل ، فلا يحلف الموكل على البتات .

فصل

219

{ فإن كان المدعى ادعى أن هذه الجارية التي اشتراها المشتري وقبضها هي لي ، ولم يكن له^(١) بيينة فإن له^(٢) أن يحلف المشتري الذي في يديه الجارية على البتات : ما هذه الجارية لهذا الرجل ، يعني المدعى ، ولا يحلفه^(٣) على

218 (١) ل : وذلك رجل . (٢) ف : غلاماً له .

(٣) ساقط من ف ، ج . (٤) ف : على طيه .

(٥) كذا في ف ، ج . أما في ل فالكلمة غير واضحة .

(٦) ل : على حالها . (٧) ف ، ج : علم .

(٨) ساقط من ف .

(٩) ل : يحلف .

219 (١) ساقط من ل .

عليه { . وليس هذا مثل أن يدعى المدعى أنه اشتراها من البائع قبله . ها هنا يحلف المشتري الذي في يديه الجارية على هله على ما بيننا ، وها هنا على الباث ، من قبل أن هناك ادعى المدعى أنه ملكها بفعل البائع وهو // [ف ٧٠ ب] إيجاب البيع فيحلف (٢) المشتري الذي (١) في يديه الجارية على هله لأنه على فعل الغير ، وفي مستلتنا لم يدع المدعى تلك الجارية بفعل لإنسان (٥) وإنما ادعى ملك الأصل فيحلفه على التباث : بالله مالك هذه الجارية ولا شيء منها .

مسئلة

220

{ ولو أن رجلا ادعى داراً في يدي رجل وأراد استخلافه فقال المدعى عليه : هذه الدار ورثتها من أبي . وقال المدعى : ما ورثت هذه الدار ولكنها وصلت إليك (١) من غير ميراث ، فإنه لا يقبل قول المدعى عليه ويحلف البتة على دعوى المدعى { ، من قبل أن المدعى عليه يريد (٢) أن يسقط عن نفسه اليمين الباث بقوله : ورثتها من أبي ، لأنه لو ثبت أنه ملكها من جهة الإرث يحلف على العلم : بالله ما تعلم أن هذه الدار لي ، ولا يحلف على الباث . فإذا كان كذلك أراد المدعى عليه إسقاط اليمين الباث عن نفسه بدعواه لإرث الدار من جهة الميت ، ولا يصدق على ذلك ويحلف على الباث لأن الظاهر أنها ملكه ، والمدعى عليه // [ل ٤ هـ أ] في استحقاق الملك المطلق (٣) يحلف على الباث .

(٢) ف ، ج : لياه يحلف . (٤) ساقط من ل .

(٥) ل : الباث .

220 (١) ل : الله . (٢) ساقط من ب .

(٣) ف ، ج : الباطل .

{ فإن قال^(٢) الذى فى يده الدار : حلف هذا المدعى أنها لم تصل إلى^٣ من ميراث أبى فلان فإن القاضى^٤ يحلفه على ذلك^(٥) بالله ما يعلم أنها وصلت إليه من قبل ميراث أبيه { ، لأن الوارث ها هنا هو المدعى لإسقاط اليمين البثاث عن نفسه ، والخارج مدعى عليه ، فله أن يحلف الخارج على دعواه لأنه هل فعل الغير^(٥) ، فيحلف على العلم . وإن حلف برىء من دعوى الوارث . ويحلف الوارث على دعواه هل البثاث لأنه قد برىء من دعواه . وإن نكل من اليمين حلف الوارث على دعواه على العلم ، لأن نكوله بمنزلة قوله : إن الدار وصلت إليك أيها الوارث من جهة الميت ، فيحلف الوارث : بالله ما تعلم أن هذه الدار لهذا الرجل . فإن حلف برىء وإن نكل^(٦) دفع الدار إليه .

{ ولو كان الخارج ادعى على الميت ديناً ألف درهم وإن أباه قد ترك فى يده ألف درهم وأقر الوارث بذلك كله وادعى أن هؤلاء إخوتي ، وأحضرهم ، وهم اثنان أو ثلاثة أو أكثر صغار أو كبار أو بعضهم صغار وبعضهم كبار ، فإن القاضى يجعل الألف للطالب ولا يقبل قول الوارث أن هؤلاء إخوته فى إبطال حق الطالب عن الألف للترك^(١) { من قبل أننا إذا لم نعلم هناك وارثاً غير الذى فى يده الألف فالظاهر أن الميت لم يترك وارثاً غيره وأن الذى فى يده مملكة يجوز إقراره فيه وتصرفه ، فلما أقر

221 (١) هذا السؤال لى لى فقط .

(٢) مزيد فى لى هنا : القاضى الرجل .

(٣) ف : جهة ميراث .

(٤) مزيد هنا فى : يعلم .

(٥) ف : غيره .

(٦) مزيد فى لى هنا : من اليمين .

222 (١) ف : الترك .

الطالب بالدين وأن الميت قد ترك ألف درهم فقد اعترف بأن الطالب أولى بهذه الألف من غيره ، فيجوز إقراره فيه للطالب . وقوله بعد ذلك - وإن كان موصولا - : إن هؤلاء إخوتي ، غير مقبول على الطالب . كرجل في يده مال فأقر به لزيد // [ف ٧١ أ] ثم ^(٢) قال : هو ^(٣) عمرو . إن القاضي يأمره بدفع المال إلى زيد المقر له أولا دون الثاني ، ويضمن للثاني في غير الوديعة . وليس الغرض // [ل ٤ ب] في هذا حكم ضمان الثاني لأن هذا يتنوع أنواعا كثيرة ، والغرض من هذا أن نبين أن عين المال لا يستحق ^(٤) المقر له الثاني وإنما يستحقه الأول . كذلك في مسئلتنا . وليس هذا كالمرضى إذا أقر بالدين لرجل ثم بالوديعة لغيره ولا مال له غير المقر به . إن صاحب الدين والمودع يتخاضمان في العين المقر به من أن قبل المودع ، أقل أحواله ، أن يكون كصاحب الدين في هذا الموضع لأن الوديعة إذا لم تكن بعينها صارت ديناً على الميت . فنحن إذا لم نصدقه على كون ^(٥) العين وديعة للمودع ^(٦) لم يكن لنا بد من أن نحكم عليه بما يقتضى إقراره ، وهو حصول الوديعة ديناً على الميت ، فصار كالإقراره بالدين لرجل ^(٧) ثم بالدين لرجل آخر ^(٨) ، إنهما يتخاضمان في العين . وليس كذلك مسئلتنا لأن كون الأخوة لا يوجب ثبوت الدين على الميت فلا يقبل قوله في استحقاق العين إذ قد أقر أن الطالب مستحق لها بالدين ، فلذلك افرقا .

223 قال : { ولو أقر بالإخوة ثم بما ادعى المدعى من دين فتركه ^(١) فإن القول كما قال الوارث ويسلم حصته من الألف التركة إلى الطالب ، وحصة سائر الإخوة يسلم ^(٢) إليهم ، ولا يكون للطالب منها شيء ، } كما قلنا في الإقرار

(٣) ساقط من ل .

(٢) ل : في .

(٤) كذلك ل ، ف ، ج . ولعل الصواب : يستحقه .

(٦) ساقط من ف .

(٥) ف : أن هذه .

(٧) ساقط من ف ، ج .

(٨) ساقط من ف .

223 (١) ف : أو تركه .

بما في يده لزيد ثم لمعرو لأنه قد أقر^(٣) بأن هذا^(٤) العين له ولسائر الإخوة . وهذا القول منه^(٥) مقبول لأن الشيء في الظاهر أنه له^(٦) ، فأقراره^(٧) بعد ذلك أن لهذا على^(٨) الميت ألف درهم وأن هذا المال من^(٩) تركه الميت لا يوجب بطلان حق سائر الإخوة عن العين وإن كان موصولا كما قلنا في الإقرار وكما قلنا^(١٠) في المريض إذا أقر بوديعة^(١١) لرجل ثم بالدين لآخر . إن الوديعة يأخذها المودع دون صاحب الدين . كذلك هذا قد اعترف^(١٢) بأن العين بعضها ملك للورثة وهو حصصهم ، فأقراره للطالب بالدين^(١٣) على الميت لا يوجب زوال ملك الورثة عن العين بقوله . فإذا كان كذلك تسلم حصته إلى الغريم لأنه قد اعترف أنه لا حق له إلا بعد استيفاء الغريم الدين إذ كان الله تعالى لم يوجب للوارث ملكاً إلا بعد استيفاء الغريم الدين لقوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِهِ وَرِصَّةٌ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ ذَيْنَ ﴾^(١٤) .

باب قبول البيعة بعد اليمين

224

الأصل في هذا^(١) أن بيعة المدعى مقبولة بعد يمين المدعى عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « البيعة على المدعى^(٢) واليمين على المدعى عليه^(٣) » . وهذا عام في جميع الأحوال^(٤) لم ينص حال إقامة البيعة قبل اليمين من حالها

(٤) ل : فيه .

(٦) ل : بإقراره .

(٨) ل : في .

(١٠) ساقط من ل .

(١٢) سورة النساء ، ٤ ، ١٢٤ .

(٣) ف : بهذه .

(٥) ف : ملكه .

(٧) ساقط من ل .

(٩) ساقط من ف .

(١١) ل : واليمين .

224 (١) ساقط من ف .

(٢) ما بين قوسين في ف ، ج فقط . أنظر بخاري ، رهن ، ٦ .

بعد اليمين فيكون على العموم ، ومن جهة النظر أن ^(٣) اليمين لا يثبت حكمها مع بيئته المدعى ^(٤) بدلالة اتفاق الجميع على أن حكمها ساقط مع بيئته المدعى ^(٥) في الابتداء إذا اجتمعا ، ولما روى عن عمر // [ف ٧٠ ب] أنه قال : اليمين الفاجرة أحق أن تُسَدَّ من ^(٦) البيئته العادلة . ^(٧) كذلك روى ^(٨) عن شرح ومأثوس عن أبيه وغيرهم من التابعين ^(٩) .

225 قال أبو بكر الخصاف ^(١) : { وكذلك لو قال الطالب المطلوب : لحلف وأنت بريء من هذا الحق ، أو قال : إذا حلفت فأنت بريء من هذا الحق الذي ^(٢) ادعى قبلك ^(٣) ، لحلفه القاضي على ذلك ، ثم جاء المدعى بالبيئة على دعواه ، قُبلت بيئته ويحكم له بحقه على المطلوب } ، لأن البراءة لا تتعلق على الإخطار ^(٤) . ألا ترى أنه لو قال : إذا دخلت الدار فأنت بريء ، فدخل الدار ، لم يبرأ ؟ فكذلك هذا ^(٥) .

- (٣) ل : لأن . (٤) ساقط من ف .
(٥) ف : إلى . (٦) ف : وروى منه .
(٧) مزيد هنا في ف : من غير الكبر من أحد عليهم .

- 226** (١) في ف ، ج فقط . (٢) في جامع ل .
(٣) ف : عليك . (٤) كذا في ف . في ل : الأحكام .

(٥) مزيد هنا في ف ، ج سؤال وجه إلى الشيخ الجصاص عن الكفالة وهو كما يلي : قيل للشيخ رحمه الله : أليس براءة الكفيل من الدين لا يكون فيها عليك وإنما هو إسقاط وإن كان في براءة المكفول عنه عليك ؟ فلم يقل لأن براءة الكفيل يصح تلفقه بالإخطار كما قلنا في الحق والصلح من دم العمد وإن لم يصح تلفق براءة المكفول عنه على الإخطار ؟ فقال الشيخ رحمه الله : ليس مسئلتنا في الكفيل حتى يلزمنا هذا . قيل له : لم يفرق بين الكفيل والمكفول عنه في مسئلتنا ، فهل يكون الحكم على هذا بالتفصيل ؟ فلم يجب من هذا غير أنه قال : مسئلتنا في غير الكفيل وهي بيئته إذا حملناها على غير الكفيل ، لأن براءة المكفول عنه فيها عليك فلا تصحاق على الإخطار كما لا يخلق البيع وسائر التبركات على الإخطار .

226 قال الخصاف : { قال أبو حنيفة في رجل قدم رجلا إلى القاضي فادعى عليه مالا أو حقاً من الحقوق فأنكر ذلك المدعى عليه ^(١) فاستحلفه على دعوى ^(٢) المدعى ، فلما حلف قال المدعى : إن لي بيعة ، فإن القاضي يقبل ذلك منه { . وقد بينا فيما تقدم أن البيعة تُقبل بعد الحلف . قال : { وكذلك لو قال المدعى إنه لا بيعة لي فأحسبته لي ، فأحسبته القاضي ، ثم جاء المدعى بيعة عادلة قُبِلت . وكذلك لو قال : كل بيعة أُجىء بها ^(٣) فهم شهود زور ، أو قال : ليس لي عند فلان شهادة ، أو قال : كل شهادة يشهد بها فلان وفلان ^(٤) فلا حق لي فيها ، ثم ادعى بعد أن حلف المدعى عليه على دعواه بشهادة // [ل ه ب] الذين أقر أنه ليس له عندهم شهادة فشهدوا بذلك وهم شهود عدول فإن شهادتهم جائزة مقبولة في جميع ما ذكرنا ، ولا يكون هذا كذباً لشهادة الشهود ^(٥) { من قبل أنه يُحتمل أن لا يكون للدعى علم بشهادتهم فأخبر بما كان عنده من العلم بذلك ثم علم بعد ذلك أن أولئك قد حضروا عقد المداينة أو أقر المدعى عليه بذلك بغير ^(٦) محضر من المدعى . فإذا كان كذلك لم يُكذب المدعى البيعة في ذلك فتُقبل شهادتهم . وليست الشهادة في ذلك كإقرار المدعى بأن لا حق له على المدعى عليه ثم ادعى عليه حقاً أو مالا لأن ^(٧) إقراره ببدء يطال دعواه . ثانياً من قيل أن البراءة من الحقوق والأموال جائزة ، // [ف ٧٢ أ] ومن الشهادة لا تجوز . ألا ترى أنه لو قال للشاهد ^(٨) : قد أبرأتك من الشهادة ، أو : قد عفوت عنك ، أو : قد وهبت لك ، إنه ^(٩) لم تصح البراءة ؟ وليس للشاهد أن يمنع من الشهادة إذا طلبها المدعى منه ^(١٠) لأن إقامة الشهادة من حق الله تعالى فلا تصح

-
- 226 (١) ف : فأحلفه على دعواه .
 (٢) ف في لفظ .
 (٣) ف : يعني .
 (٤) ل : الشاهد .
 (٥) ساقط من ف .
 (٦) ل : بهم .
 (٧) ل : بالبيعة .
 (٨) ل : لأن .
 (٩) ساقط من ف .
 (١٠) ساقط من ف .

البراءة منها (١٠) .

227 قال الخصاف : { وهذا كله رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة . وروى أصحاب محمد " بن الحسن " عن محمد أنه قال : إذا قال المدعى للقاضي : ليست لي يئنة عليه (١) أدعى ، ثم أحضر شهوداً عاياه بعد ذلك على هـ . الدهوى ، لم أقبل منه ولم أسمع من شهوده . وحملته (٢) على سائر الحقوق التي لو اعترف أنه لا شيء له على المدعى عليه لم يكن له المطالبة بها بعد ذلك لأن الشهادة حق (٣) المدعى عند (٤) الشاهد كسائر الحقوق التي تكون للمدعى عند المدعى عليه { وهذا غلط لأن الشهادة وإن كان للمدعى فيها حق فإنه لا يصح فيها البراءة كما ذكرنا إلا أن يكذب المدعى في شهادتهم . وقد بينا أنه ليس في هذا إكذاب (٥) لهم ، فلا تبطل الشهادة بهذا .

228 باب النكول عن اليين (١)

الأصل في هذا الباب أن نكول المدعى // [ل ٥٦] عليه عن اليين

(١٠) مزبد في ف ، ج هنا فقرة تحت هذه الحقوق الأخرى وهي منه : ولو قال في الحقوق التي في ذمة المدعى عليه : قد أبرأك من كل الحقوق ، يرى المدعى عليه من دعواه . وكذلك لو قال : وجبت لك ، وكان الحق بما يشتر في القصة أو هو معنى غير ثابت ، إن جئته بقلك جائزة . وكذلك البور في هذا . ولا مطالبة للمدعى بعد ذلك على المدعى عليه ، فذلك فارق إقامة الشهادة سائر الحقوق . والشهادة في هذا على الإقرار وعلى عقد المدانة سواء لأن ما صبح في الإقرار من التأويل الذي ذكرنا الذي لا يوجب بطلان الشهادة موجود في الشهادة على عقد المدانة ، إذ كان ما هنا أيضاً يجوز أن [لا] يكون للمدعى علم بشهادة الشهود على ذلك ، فلا يكون مكذباً لشهادتهم .

(٢) ل : عليك .

227 (١) ساقط من ف .

(٤) ف : للمدعى عنه .

(٣) ف : وحكمه .

(٥) ف : لإكذاباً .

228 (١) في ل : باب أخذ الكفيل . ولكن عنوان الباب مثبت في المعاصم كما هو أعلاه .

يوجب إلزام المدعى^(١) عليه الحق^(٢) المدعى به^(٣) . وقد بينا هذه المسئلة في كتاب الدعوى وغيره . قال^(٤) : { ومتى حكم القاضي على المدعى عليه بالحق عند النكول لم يقبل منه يمينه بعد ذلك } لأن الحكم بالنكول بمنزلة إقرار المدعى عليه بالحق ، والقاضي إذا سمع من المدعى عليه إقراره بحق المدعى لم يقبل منه بعد ذلك إنكاره . كذلك في مسئلتنا ، لما حكم بالنكول فقد ثبت الحق فلا يملفت بعد ذلك إلى قول المدعى عليه في إسقاط ذلك الحق من نفسه بالحلف . وروى مثل هذا عن ابن عباس وشرح^(٥) .

مسئلة

229

{ وإذا قدم رجل رجل إلى القاضي وادعى عليه مالا من قرض أو مديونة ، أو ادعى في يده ضيعة أو داراً وحدد ذلك ، أو ادعى عرضاً من العروض أو شيئاً بعينه ، فاستحلفه القاضي على ذلك فأبى أن يحلف ، فإن القاضي يقول له : إني أعرض عليك اليمين ثلاث مرات ، فإن حلفت وإلا أزمتهك دعوى الرجل ، والذي أعرض عليك أن تحلف : بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي ادعى وهو كذا وكذا ولا شيء منه ، أو : ما لهذا في يديك

(٢) ل : الحق عليه المدعى . (٣) ف ، ج فقط .

(٤) مزيد في ف ، ج هنا الحديث التالي : وروى عن سالم أن ابن عمر باع غلاماً له بثمانئة درهم فوجد به المشتري عيباً فخاصمه إلى عثمان ، فقال : بعه بالبراءة ، فأبى أن يحلف ، فردّه // [ف ٧٢ ب] عثمان رضى الله عنه عليه . وفائدة هذا الخبر أن نكول المدعى عليه يوجب حق المدعى . قيل للشيخ رحمه الله : ما معنى استحلال عثمان ابن عمر باقة لقد بعته وما به عيب يطمه وابن عمر قد أخبر أنه باع العبد بالبراءة ، والعبد وإن كان معيباً لم يلزمه القول حتى يحلف المشتري : بالله ما أبرأتك من العيب الذي به . فقال : ليست المسئلة على أن ابن عمر أقر أن العبد كان معيباً وقت البيع وأن المشتري قد أبرأه منه وإنما المسئلة على أن ابن عمر ادعى أن العبد كان معيباً من العيب معافاً منه وقت البيع وأن العيب إنما حدث به بعد قبض المشتري ، لحلف ابن عمر : بالله ما بعته وهذا العيب به لهذا المعنى . ولو كان دعواه على ما ذكرت كان حكمه على ذلك الوجه دون غيره .

هذه الضيعة أو هذه الدار التي حدّدها أو الجارية التي سماها^(١) ولا شيء من ذلك ، فإن نكلت عن اليمين ألزمتك جميع الشيء . ثم يقول له : إن حلف بالله ما لهذا عليك هذا المال الذي ادّعى وهو كذا وكذا . فإن أبى أن يحلف قال له مرة أخرى مثل ذلك . فإن أبى قال له : بقيت الثالثة ثم أحكم عليك . ثم يقول له في^(٢) الثالثة : إحلف على ما قال أول مرة . فإن نكل عن اليمين ألزمه ذلك الشيء الذي ادّعاه المدعى قبله . وإن حلف برىء من دعواه { . وهذه المسئلة^(٣) قد انتظمت أحكاماً كثيرة^(٤) أحدها أن القاضي لا يحكم على المدعى عليه بالنكول حتى يعرض عليه اليمين ، والثاني أن العرض عليه ثلاث مرات ، والثالث^(٥) أن نكوله عن اليمين في المرة الأولى والثانية لا يمنع حلفه في المرة الثالثة وبراءته^(٦) من حق المدعى . فأما عرض^(٧) القاضي عليه اليمين بعد النكول فلا يجرى أن لا^(٨) يكون المدعى عليه صلياً بأن القاضي ممن يرى الحكم بالحق بالنكول // [ل ٥٦ ب] فلا يلزمه الحق عند [الإبراء]^(٩) قبل عرض اليمين عليه حتى يُعلمه حكمه في النكول احتياطاً لأن الناس في ذلك مختلفون ، فمنهم من يوجب الحق بالنكول ، ومنهم من لا يوجب . والقاضي إذا احتاط فيه فينبغي أن يُعلمه بذلك أولاً^(١٠) . ولا نسيبته^(١١) نكوله به أو قبل عرض^(١٢) اليمين ثلاث مرات بمنزلة إقراره بالحق المدعى من قبل أن النكول بمنزلة الإقرار عندهما أيضاً إذا حكم الحاكم به . فأما قبل القضاء فلا يثبت حكمه لأنه ليس هو محض الإقرار وإنما^(١٣)

-
- | | |
|--|--------------------------------------|
| 229 (١) ف : سمى . | (٢) ل ج فقط . |
| (٣) ساقط من ل . | (٤) ساقط من ل . |
| (٥) ل : والثالثة . | (٦) ف : ج : وما به . ول : ل : راءه . |
| (٧) ل : اعراض . | (٨) ساقط من ل . |
| (٩) ق : ل : عبداً . ول : ف : الايا ولعل الثابت هو الصحيح . | |
| (١٠) ساقط من ف . | (١١) ل : ف : ف : يشبه . |
| (١٢) ل : الاعراض على . | (١٣) ساقط من ف . |

حكمه يثبت عند الحاكم فصار [ف ٧٣] مثل الشهادة لا يثبت حكمها^(١٥) إلا بالقضاء^(١٥) . فكذلك على مذهب أبي حنيفة رضى الله عنه . وإن كان النكول^(١٦) عنده بدل الاستحقاق^(١٦) ، إنما يتعلق به بعد القضاء لأنه ليس له حكم إلا عند الحاكم ، فصار مثل الشهادة . فكما لا يثبت الحق بالشهادة إلا بالقضاء كذلك بالنكول . وأما الإقرار لحكمه ثابت بنفسه سواء كان ذلك بمحض من المحاكم أو بغير محضر منه فذلك افتراقا . وأما امره^(١٧) اليمين ثلاث مرات فلا نه لما لم يكن محض^(١٨) الإقرار وكان الناس مختلفين في قطع الحكم به فالأحوط في ذلك أن يعرض عليه ثلاثاً . أما قبول يمينه في المرة الثالثة وإن نكل عن اليمين في المرة الأولى والثانية فلما بينا أن النكول لا يوجب قطع الحكم بالحق المدعى حتى يحكم الحاكم^(١٩) به ، والحاكم^(١٩) لم يحكم عليه في المرة الأولى والثانية ، فله أن يحلف في المرة الثالثة ويبرأ من دعواه ، كما كان له أن يحلف على ذلك في المرة الأولى . والعلة^(٢٠) أن الحق لم يلزمه بعد .

فصل

230

قال : { فإن أمره بالحلف مرة فقال : لا أحلف^(١) . ثم قال له الثانية : أحلف بالله على دعوى هذا الرجل ، فقال : نعم أنا أحلف^(٢) ، فقال له : قل^(٣) والله . فلما قال ذلك قال : لا أحلف^(٤) ، فإن القاضي يحجب عليه بالمرّة الأولى التي كان أبي أن يحلف فيها وهذه المرّة الثانية ، ويعرض عليه اليمين في

(١٤) ل : حكمه .

(١٥) مزيد ل : هنا : كالشهادة لا يثبت حكمها إلا بعد القضاء بها .

(١٦) ف : بدل عنه فإن الاستحقاق .

(١٧) ل : امرأته . (١٨) ل : بمحض .

(١٩) ساقط من ل . (٢٠) ف : واللى الجامع بينا .

المرّة الثالثة . فإن حلف وإلا [ل ٥٧ أ] ألزمه ^(١) المال . ولا يبطل قوله أنا أحلف بإداة اليمين في المرّة الأولى من قبل أنه لو كان كذلك ما وصل المدعى قطّ إلى حق نفسه ، لأن المدعى عليه كان يفعله في كل مرتين مثل هذا فلا يثبت عليه عرض اليمين بحال . وهذا يؤدّي إلى إسقاط حق المدعى . ومعلوم أن المدعى قد يثبت له حق بنكوله في المرّة الأولى حتى إن نسل من اليمين مرتين أخريين ^(٢) حكم له القاضي بالمال على المدعى عليه . وإذا كان كذلك لم يكن للمدعى ^(٣) عليه أن يبطل هذا الحقّ عن نفسه إلا برضا الطالب ، ولا يشبه هذا نكوله عن اليمين في المرّة الأولى وسؤاله المدعى في المرّة الثانية أن يؤخّره ^(٤) يومه ذلك فأخّره ثمّ أعاده عليه في مجلس آخر ، إن القاضي يستقبل عرض اليمين عليه ثلاثاً ولا يعتدّ بتلك المرّة الأولى من قبل أن هاهنا ممّا حلّفه القاضي في المرّة الثانية سأل المدعى ^(٥) تأخير الحكم إلى مجلس آخر ، فلما رضى المدعى بذلك أسقط حق نفسه في المرّة الأولى .

فصل

231

{ ولو كان المدعى عليه حين استحلّفه القاضي سكت ^(١) ولم يجبه بشيء فإن القاضي يقول : إنى أعرض عليك اليمين ثلاثاً فإن لم تحلف حكمت عليك بما ادّعى . ثم يعرض ^(٢) عليه اليمين ثلاثاً ، فإن حلف وإلا ألزمه ذلك بعد أن يكون الرجل صحيحاً لم تنزل به آفة تمنّيه من الكلام . فأما إذا لم يعلم القاضي [ف ٧٣ ب] ينبغي له أن يأخذ منه كفيلًا حتى يسأل عن قصته

(١) أخرايين ف : أخرايين .

(٤) ل : يؤخّر .

(٢) ف : أعرض .

230 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : الدعا .

(٥) مزيد في ل هنا : عن .

231 (١) مزيد في ل هنا : عنه .

وسأله : هل به آفة تمنعه من السمع والكلام . فإن تبين له أنه ليست به آفة وأدعى المدعى^(٣) حقه فإنه يسأله عن دعوى المدعى ويقول له : إني أعرض عليك اليمين ، هل ما فسرنا { . وذلك أن القاضى إذا علم بصحته وأنه ليس به آفة تمنعه من السمع والكلام لم يجوز له الاقتصار على سكوته إذا كان فى ذلك إبطال حق المدعى ، وهو منصوب لإيصال كل ذى حق إلى حقه . فيعرض عليك اليمين ثلاثا بعد أن يعلمه حكمه بالنكول بالثالثة كما قلنا فى الذى نسل ولم يسكت لأنهما متساويان فى الحكم ، إذ قد لزم كل واحد منهما خروجه من دعوى المدعى إما بالخلف أو ببذل الحق . وأما إذا لم [ل ٥٧] يعلم القاضى قصته فإنما يأخذ منه كفيلا حتى يبين قصته ، لأنه^(٤) يجوز أن يعتمد لذلك حتى يخطئ ويسقط عن نفسه حق^(٥) المدعى فيحناط القاضى فى ذلك ويأخذ منه كفيلا بنفسه لئلا يغاب عنه^(٦) أحضره الكفيل ليفصل بينه وبين المدعى . وإن وقع القاضى على قصته وهو صحيح كان حكمه على ما بينا^(٧) فى الفصل الأول . وإن كان به آفة من خرس أو صمم فإنه يحكم عليه على حسب ما يوجب الحكم من الإشارات وغيرها .

فصل

232

{ وكذلك حكمه فى كل حق يدعى المدعى على المدعى عليه فيما يجب فيه اليمين^(١) ويؤخذ بالنكول إلا فى القصاص فإن أبا حنيفة كان يقول : إن كان^(٢) القصاص فى النفس يُجسب حتى يُقرَّ أو يُحلف بعدما نسل عن اليمين

(٤) ف : لا .

(٦) ل : عليه .

(٧) ساقط من ف .

(٣) ف : عليه .

(٥) ل : من .

(٧) ساقط من ل .

232 (١) ساقط من ل .

إبتداء ، ولا^(٢١) يحكم عليه بالقصاص ، وفيما دون النفس يقتصر منه بالنكول بعدد أن يعرض عليه اليمين ثلاثا ، على ما بينا في سائر الحقوق .
وأما أبو يوسف ومحمد فأنهما يوجبان الدية في النفس في ماله^(٢٢) وفي ما دون النفس أرش الجناية { . وجه قول أبي حنيفة في مفارقة النفس^(٢٣) وفي القود لسائر الحقوق أن القياس في النفس وفي ما دونها سواء ، ويقتصر منه في الوجهين جميعاً لأن القتل بما يصح بذله من جهة الحكم في القياس . لأن رجلاً لو قال لرجل : اقتلني ، فقتله كان القياس أن لا يجب على قاتله شيء إلا أنه استحسن وأوجب الدية . فإذا كان كذلك كان القياس عنده أن التناكل يقتصر في النفس أيضاً كما يقتصر في ما دون النفس إلا أنه استعظم أمر النفس فلم تؤخذ بالنكول مختلفاً فيه ولسقوط القود بالشبهة . واستحسن بعدوله من القود إلى الحبس^(٢٤) حتى يقر أو يحلف^(٢٥) .^(٢٦) وقد بينا هذه المسئلة في كتاب الدييات .
ولم^(٢٧) يوجد هذا للمنى في ما دون النفس لأنه ليس حكم ما دون النفس في الاستمظام بحكم النفس فصار مثل سائر^(٢٨) [ف ٧٣] الحقوق التي تؤخذ بالنكول . وأما أبو يوسف ومحمد فأنهما ذهبا إلى أن القود في النفس وما دونها قد ينتقل إلى المال عند دخول الشبهة . والنكول بما اختلف فيه فصار شبهة^(٢٩) [ل ٥٨ أ] في ذر^(٣٠) القود ، ويلزمه الدية في النفس والأرش في ما دونها .

233 قال : { ولو كان المدعى عليه نكل عن اليمين في المرة الثالثة "فلما أراد" القاضي أن يحكم عليه بالنكول^(٣١) قال : أنا أحلف ، فإن القاضي يقبل

(٤) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ل .

(٨) ل : حوى . ف : كذا ، ج : حذى .

(٢) يزيد ل ف هنا : ثم .

(٣) ل : أولاً .

(٥) ساقط من ف .

(٧) ل : قال ولم .

233 (١) ف : فأراد .

ذلك منه ويحلف على دعوى الرجل . فإن حلف لم يلزمه شيء ، وإن نكل حكم عليه بالحق المدعى . وذلك أن النكول وإن كان في المرة الثالثة فليس هو ^(٣) لإقرارا محضاً ولم ^(٤) يلزمنا به حق المدعى ^(٥) ما لم يحكم به الحاكم لنا بينا ، فلا يمنع يمين المدعى عليه كما لم يمنعه من اليمين نكوله في المرة الأولى والثانية .

باب أخذ الكفيل 234

قال : { وبني للقاضي أن يأخذ من المدعى عليه كفيل بنفسه مقدار ثلاثة أيام إذا أراد ^(١) المدعى ذلك وأدعى أنه له يئنة حاضرة في المصر . وإذا ادعى يئنة غايبة لم يؤخذ منه كفيل ^(٢) . } وهذا مروي عن أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يأخذ منه كفيل إلى الوقت الذي يمكنه التقدم فيه إلى القاضي . وليس يحصل في هذا خلاف بينهما ^(٣) لأن مدة ثلاثة أيام عند أبي حنيفة إنما ^(٤) جدله قدر ما بين قيام الحاكم ^(٥) من المجلس إلى وقت جلوسه في المجلس الثاني . فالحاصل أن لا خلاف بينهما في ذلك . وهذا إذا لم يكن المدعى عليه مسافراً ، والحق بما لا تسقطه الشبهة . فأما إذا كان المدعى عليه مسافراً لم يؤخذ منه كفيل ^(٦) لكنه يؤجل المدعى مقدار قيسام ^(٧) القاضي في ^(٨) المجلس كحسب . فإن جاء بيئنة وإلا خلى سبيل المسافر .

(٣) ف : إقرار محض . (٤) ل : يلزمناه .

(٥) ل : للدها .

234 (١) كان عنوان هذا الباب ق ل : باب النكول من اليمين . ولكنه خطب عليه وأثبت في الهامش كما هو أملاه .

(٢) ل : ادعى . (٣) ل : ف : كفيل .

(٤) ل : بينهم . (٥) ل : أيضاً .

(٦) ل : الحكم . (٧) ل : ف : كفيل .

(٨) ل : مقام . (٩) ف : من .

وأما إذا كان الحق ^(١٠) المدعى بما ^(١١) تسقطه الشبهة ^(١٢) كالحودود والقصاص ^(١٣) في النفس ^(١٤) فإن أبا حنيفة قال ^(١٥) : لا يجوز أخذ الكفيل عندى في ذلك . وقال أبو يوسف وعمر : إن كان ^(١٦) الحد مما لا يتعلق به حقوق بنى آدم كحد الشارب والزانى ونحوهما لم يؤخذ منه كفيل ، وإن كان مما يتعلق به حق بنى آدم مثل حد القذف والسرقة ، إذا ادعى المسروق منه المال الذى سرقه ، والقصاص ، يؤخذ منه كفيل ^(١٧) . وإن كان مما تسقطه الشبهة . وإذا ادعى // [ل ٥٨ ب] يئذ حاضرة على ما بينا ^(١٨) في سائر الحقوق . هذه هذه جملة ما حصلناه من مذهب أصحابنا فى أخذ الكفيل فى الحقوق .

235 وأما الحقوق التى لا تسقط بالشبهة ، ^(١٩) التى هى حقوق بنى آدم ، فإنما يؤخذ منه كفيل مقدار ثلاثة أيام لأن المدعى عليه قد لزمه الحضور مع المدعى إلى مجلس القاضى متى ما ^(٢٠) ادعى عليه حق ^(٢١) . فإذا ^(٢٢) ألزمه ذلك لم يكن له أن يسقط عن نفسه ويغيب ^(٢٣) عن مجلس الحكم حتى يعطى بذلك كفيلا أو ما // [ف ٧٤ ب] يقوم مقامه ، مثل لزوم الدين إذا لزمه لم يكن للطلوب أن يسقطه ^(٢٤) عن نفسه كذلك هذا ^(٢٥) لما كانت الدعوى توجب إحضار المدعى عليه وصار هذا من حق المدعى فللقاضى أن يأخذ له كفيلا بنفس المدعى عليه حتى يحضره إذا غاب عنه ^(٢٦) ، وقد روى عن قتادة وأبي هاشم والشعبي إمتناع أخذ الكفيل من المدعى عليه . وهذا عندنا محتمل

(١١) ف : يسقط بالشبهة .

(١٣) ساقط من ف .

(١٥) ل ، ف كفيلا .

(٢) ف : ادعى عليه خطأ .

(٤) ف : ف ، تنبيه .

(٦) ساقط من ف .

(١٠) ساقط من ف .

(١٢) ل : والنفس .

(١٤) ساقط من ل .

(١٦) ف : ذكرنا .

235 (١) ف : من حق .

(٣) ساقط من ف .

(٥) ف : يسقط .

أن يكونوا امتنعوا من أخذ الكفيل منه على الإطلاق ، لا على مقدار ثلاثة أيام . وكذلك نقول نحن ^(٧) إنه ليس عليه أن يعطى الكفيل أبداً وإنما يعطيه مقدار ثلاثة أيام . فإن أتى بيته ^(٨) وإلا خلى سبيل الكفيل والمكفول عنه جميعاً . ويُحتمل أيضاً أن يكون المدعى عليه مسافراً فلم يأخذوا منه كفيلاً مقدار ثلاثة أيام لأجل سفره . وكذا نقول نحن أيضاً ^(٩) . ويُحتمل أن يكون المدعى لم يدع بيته حاضرة وإنما ادعى بيته غائبة ، فلم يلزم المدعى عليه دفع الكفيل ههنا إذا كان الأمر على هذا . فإذا احتمل امتناعهم من دفع الكفيل هذه الوجوه كلها لم يحصل منهم خلاف المذهب ^(١٠) أصحابنا . وحكم التعزير في هذا مثل ^(١١) الحقوق التي لا تُسقطها الشبهة لأن التعزير أيضاً حق بنى آدم . ألا ترى أنه يصح البراءة منه ؟ فإذا كان كذلك يؤخذ به كفيل للبدعى إذا ادعى بيته حاضرة والمدعى عليه مقيم . وأما إذا ادعى بيته غائبة فإنما لم يؤخذ منه كفيل عندهم جميعاً لأنه ليس يُرجى إقامة البيته في المجلس الثاني ، فلا معنى // [ل ٥٩ أ] لأخذ الكفيل إلى ^(١٢) المجلس الثاني . وأما إذا كان المدعى عليه مسافراً فإنما لم يؤخذ منه الكفيل ^(١٣) لأن الكفيل إنما يؤخذ منه في الموضع الذي يلزم المدعى عليه حضوره إلى ^(١٤) مجلس الحاكم ^(١٥) . والمسافر لا يلزمه الحضور إلى هذا القاضي إذا خرج إلى بلد آخر ، وإنما يُحكم ^(١٦) عليه للبدعى في البلد الذي حصل ^(١٧) فيه . فكيف يجوز أن يأخذ

(٧) ساقط من ل . (٨) ف : بالبيتة .

(٩) مزيد هنا ل : ف : وسلبين وجه ذلك في موضعه .

(١٠) ف : ملعب . (١١) ساقط من ل .

(١٢) ف : ق . (١٣) ف : كفيلاً .

(١٤) ف : الحكم . (١٥) ساقط من ل .

(١٦) ل : لفسد .

منه كفيلا بنفسه هذا القاضى الذى ارتفعوا إليه وهو لو^(١٧) أعطى كفيلا لم يلزمه الإحضار^(١٨) ؟

236 وأما الحدود فإنما لم يؤخذ منه كفيلا^(١٩) عند أبى حنيفة سواء تعلّق بها حق بنى آدم أو لم يتعلّق من قبل أن القاضى مأمور بالتوصل^(٢٠) إلى درئها لأنها تسقط بالشبهة . وكيف يجوز أن يأخذ فيها كفيلا ويتوصل به إلى إقامتها^(٢١) ؟ فلذلك لم يحزله أخذ الكفيل فيها . وإيضاً اتفقوا جميعاً على أن الحدود التى ليس فيها حق بنى آدم لا يؤخذ فيها كفيلا^(٢٢) كحد الزانى والشارب^(٢٣) ونحوهما . والملة^(٢٤) أنها مما تسقط بالشبهة . وكل حق تسقطه الشبهة يذهب أن يكون بمنأيه . وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما يشبهانه^(٢٥) بسائر حقوق بنى آدم كالدين وغيره . وأما ما ليس فيها حق بنى آدم فلا يؤخذ فيها كفيلا^(٢٦) لأنه ليس المدعى أولى بهذه الدعوى عليه من سائر الناس . ألا ترى أن اليهود يكونون خصماء فى ذلك وإن لم يكن هناك مدّع ؟ فإذا كان كذلك لم يتمين^(٢٧) // [ف ٧٥ أ] الحق للدعى على المدعى عليه ، فلا يؤخذ منه كفيلا^(٢٨) للدعى . ولأننا^(٢٩) قد بينا أنه لا يؤخذ من المدعى عليه كفيلا^(٣٠) إلا أن يدعى المدعى بينة حاضرة . فإذا كان كذلك وكان

(١٨) مزيد هنا فى : ف : عنده .

(١٧) ساقط من ل .

(٢) ف : بأن يتوصل .

236 (١) ف : كفيلا .

(٤) ف : كفيلا .

(٣) ف : إقامته .

(٦) ف : وللمنى فيها .

(٥) ل : والشارب .

(٧) ف : شبهانه .

(٨) كذا فى ل ، ف ، ح . والصواب : كفيلا .

(١٠) ف : كفيلا .

(٩) ل : يحزله .

(١٢) ف : كفيلا .

(١١) ف : والثانى أما .

هناك بيئة حاضرة فالشهود هم خصم في ذلك متى ما أرادوا ذلك أحضره^(١٣) ولا حق للدعى عليه .

مسئلة

287

{ قال أبو حنيفة رضى الله عنه : إن شهد عليه شاهد عدل^(١٤) ، يعنى في الحدود ، حبسه الحاكم^(١٥) . وإن لم يعرف القاضى كون الشاهد عدلا لم يحبسه^(١٦) . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يحبسه // [ل ٥٩ ب] القاضى^(١٧) بشهادة الواحد وإن كان عدلا { وجه قول أبي حنيفة أن للقاضى^(١٨) أن يحبس المتهم للتهمة^(١٩) لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه حبس^(٢٠) رجلا لتهمة اتهمه بها . وإذا كان كذلك فشهادة الواحد العدل توجب لإثبات التهمة لأن خبر العدل مقبول في الديانات . فقيل للشيخ : أليس^(٢١) المجلس تعزيراً^(٢٢) ، فيجوز أن يُعزَّر الرجل بشهادة الواحد وإن كان عدلا ؟ فقال : نعم لأن التعزير إنما يجب بالتهمة^(٢٣) والتهمة تثبت بقول الواحد العدل ، كما أن للقاضى^(٢٤) إذا اتهمه أن يجره عما اتهمه فيه وإن لم يشهد غيره أحد^(٢٥) كذلك إذا شهد العدل به^(٢٦) يتحدث للقاضى بذلك^(٢٧) علم^(٢٨) فلذلك كان له^(٢٩) أن يعزِّره .

(١٣) غير واضحة قول ول ج : حضوره .

(١٤) 287 ساقط من ب . (٢) ف : القاضى .

(٣) مزيد فى ل هنا : ولا . (٤) مزيد فى ل هنا : كون الشاهد .

(٥) ف : القاضى .

(٦) ف : والأسل فيه ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم .

(٧) ف : المجلس للتعزير . (٨) ف ، ج : التهمة .

(٩) ف : لو اتهمه من غير أن يشهد الله الحد كان له أن يجره عما اتهمه فيه .

(١٠) ساقط من ل . (١١) ل : فذلك .

(١٢) ف : فله ،

ولأن^(١٣) العدالة أحد وصفي الشهادة ، فإذا وجد أحد وصفي الشهادة يجوز للقاضي أن يجلبه للثمة^(١٤) كما لو شهد^(١٥) شاهدان بذلك جاز للقاضي أن يجلبه وإن لم يثبت عنده عدالتهما حتى ينظر في عدالتهما^(١٦) والعلة فيه^(١٧) وجود أحد وصفي الشهادة لأن العدالة أحد وصفي الشهادة كالمعد الذي هو أحد وصفي الشهادة . وأما عندهما فلا يُحبس لأن الشاهد الواحد لا يُقطع بشهادة الحكم ، فلا يلزم المدعى عليه به شيئاً أيضاً . وأما إذا كان الحق غير الحد والقصاص^(١٨) ونحو ذلك وإنما هو دين أو قرض^(١٩) أو نحو ذلك فإن المدعى عليه لا يُحبس^(٢٠) بشهادة الواحد وإن كان عدلاً لأن هذه الحقوق لا توجب الثمة حتى يُحبس على وجه التعزير .

238 قال : { وإن أعطاه كفيلاً فقال المدعى : لا أرضى هذا فإنه ليس بثقة ، فإن القاضي يأخذ له^(١) منه كفيلاً ثقة^(٢) } ، يعني إذا تبين أن هذا الكفيل الذي أعطاه ليس بثقة . وإنما كان كذلك لأن الكفيل إنما يُعطى توثقة لحق المدعى ، فإذا لم يكن وثيقاً لم // [ل ٦٠ أ] يستوثق من حقه ، فلا معنى له .

(١٣) ف : وأيضاً فان .

(١٤) مزيد في ل هنا : وإن لم يثبت عنده عدالتهما .

(١٥) مزيد في ل هنا : في هذا .

(١٦) ف : كذلك مستلفاً . والمعنى الجامع بينهما .

(١٧) ل : فيجوز ذلك وإنما يكون هو ديناً أو قرضاً .

(١٨) كذا في ل ، ج . في ف : يميز .

(٢) ل : لنفسه .

238 (١) ساقط من ف .

{ ولو كان المدعى أَدعى عليه دارا ، أو ذكر أن له بيعة حاضرة ^(١) ،
وسأل أن يؤخذ له ^(٢) من خصمه كفيل إلى مدة ثلاثة أيام // [ف ٧٥ أ]
أن يحضر البيعة فأبى المدعى عليه أن يُعطيه كفيلة ، فإن القاضي يأمره
بملازمته الليل والنهار إلى أن يحضر بيئته } . وهذا إذا كان المدعى عليه
مقياً ^(٣) . وأما المسافر ^(٤) فلا يلزمه ، لأن ^(٥) المدعى قد يثبت ^(٥) حق الإحضار
على خصمه فإذا لم يعطه كفيلة فللمدعى أن يلزمه لكي لا يبطل حقه في
الإحضار إلى مجلس الحكم ، لأنه لو لم يلزمه جاز أن يغيب فيبطل حق
المدعى .

240 قال الشيخ : وليس هذا على معنى أنه يلزمه فلا يتركه أن يتصرف
في حوائجه ، وإنما ^(١) على معنى أنه يحفظه مع تصرفه في حوائجه ، لأنه ليس له
أن يمنعه من التصرف لأن فيه إبطال حق المدعى عليه ، ^(٢) وليس للمدعى أن
يبطل حق المدعى عليه ^(٣) . ولهذا المدعى قالوا في المسافر إنه لا يلزمه ^(٤) لأن
فيه إبطال حقه وهو إنقطاعه عن السفر ، ولأن الملازمة إنما وجبت هاهنا ^(٥)
لامتناعه من دفع الكفيل والمسافر لا يلزمه دفع ^(٥) الكفيل ، فليس للمدعى
أن يلزمه .

239 (١) مزيد في ل هنا : مائدة .

(٢) ساقط من ف .

(٣) ف : مقيم .

(٤) فلا أنه يلزم ، وذلك أن .

(٥) : . ثبت .

240 (١) ل : وأيضا .

(٢) ساقط من ل .

(٣) ف : يلزم .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ل : كدفع .

{ وإذا كان الشيء المدعى بما ينقل ويُحوّل وهو بعينه غير مستهلك فإن القاضى يأمر المدعى عليه بدفع الكفيل بنفسه والكفيل بذلك الشيء أيضاً ^(١) } .
 أما الكفيل بالنفس فـلِمَّا بينا . وأما الكفيل بذلك الشيء فلأن ^(٢) القاضى كما احتاج إلى إحضار ^(٣) المدعى عليه فى إنفاذ الحكم عليه يحتاج إلى إحضار ^(٤) الشيء المدعى إذا كان مما ينقل ويُحوّل وهو معين ، لأن الشهادة لا تصح إلا على عين الشيء المدعى ^(٥) إذا كان مما ينقل كما لا تصح إلا على ^(٦) عين عليه . فلا يقدر القاضى على إنفاذ الحكم إلا بحضور ^(٧) المدعى عليه وبحضور الشيء المدعى جميعاً . ومتى عُدِم أحدهما عن مجلس القاضى // [ل ٦٠ ب] لم ينفذ الحكم . فإذا لم يتوصل المدعى إلى حقه إلا بإحضار الشيء المدعى والحصم جميعاً كان له أن يأخذ الكفيل بهما ^(٨) جميعاً . فإن لم يسطع المدعى عليه كفيلًا بنفسه ولا بالشيء فللمدعى أن يلازمه ويلازم الشيء أيضاً ^(٩) كما أن له أن ^(١٠) يأخذ الكفيل عنهما جميعاً .

فصل

{ وإن كان الشيء المدعى بما لا ينقل [كالأرض] ^(١) والعقار ، أو ديناً ، لم يؤخذ من المدعى عليه كفيل بالشيء المدعى ويؤخذ منه كفيل بنفسه } ، من

- | | |
|---------------------|--------------------------|
| 241 (١) ساقط من ل . | (٢) ف : فإن . |
| (٣) ساقط من ف | (٤) ساقط من ل . |
| (٥) ساقط من ل . | (٦) ف : بمحصل . |
| (٧) ف : منهما . | (٨) ل : كان كما أنه أن . |

242 (١) ساقط من ل . لى ف : الفروض . ولى ج : الفروض . ولعل الثواب ما أفتناه .

قبيل أن المدعى يصل إلى حقه من غير أن يأخذ كفيلاً^(١) بالشئ المدعى .
وذلك أن القضاء ينفذ على المدعى عليه بحضوره هاتنا ، لأن ما لا ينفذ
ولا يحول لا يجوز يكذب المدعى عليه إحضاره حتى يقع الشهادة والقضاء
عليه . والشهادة^(٢) والقضاء يصحان^(٣) مع غيبة الشئ عن مجلس الحكم^(٤) .
فإذا كان كذلك لم يحتج في إنفاذ الحكم هاتنا أكثر من إحضار المدعى عليه ،
فلا يحتاج إلى أن يؤخذ منه كفيلاً^(٥) بالشئ المدعى لأن الكفيل بنفس المدعى
عليه^(٦) يحضر المدعى عليه^(٧) حيث طالبه المدعى وبمحكم القاضي على المدعى
عليه بما ادعى المدعى^(٨) من العقار والدين جميعاً ، لأن الدين أيضاً هو في
ذمة المدعى عليه . فاستغنى بأخذ الكفالة بنفس المدعى عليه عن الكفالة
بالدين .

فصل

243

{ وإن قال في دعوى العقار والدين : أنا أعطى كفيلاً بالشئ المدعى وأقيم
له وكيلاً في^(١) خصومته جائز على ما قضى به عليه كان ذلك جائزاً ،
ويؤخذ^(٢) من الوكيل كفيل^(٣) بنفسه { من قبل أن المدعى إذا أخذ كفيلاً
بالشئ^(٤) ووكيلاً في خصومته وأخذ من الوكيل كفيلاً بنفسه يصل إلى حقه
من غير إحضار المدعى عليه لأنه يطالب^(٥) كفيل الوكيل حتى يحضر الوكيل
ثم يخاضه ، فإذا أثبت حقه أنفذ القاضي حكمه^(٦) .

(٢) ساقط من ف (٣) ف بالشهادة .

(٤) ف : يصح . (٥) مزيد في ف هنا : ما هنا .

(٦) كذا في ل ، ف ، ج . والصواب : كفيل .

(٧) ساقط من ل . (٨) ساقط من ف .

243 (١) مزيد في ف هنا : دعوى . (٢) مزيد في ل هنا : به .

(٣) ل : كفيلاً . (٤) ساقط من ف .

(٥) ل : طالب . (٦) مزيد في ل هنا : صحيح .

{ وإن قال في الدين : أنا أقيم ^(١) وكيلاً في خصومته ، يأخذ من الوكيل كفيلاً ، ولا أقيم لنفسى كفيلاً ، لم يقبل القاضى منه ذلك { من قبل أن المدعى هاتنا لا يصل إلى حقه ، لأنه إذا حضر الكفيل الوكيل في الخصومة لخاصمه وأثبت عليه ^(٢) حقه لم يكن له أن يأخذ حقه من الوكيل لأن الوكيل لأن إنما ضمن له الخصومة ولم يضمن له قضاء الدين ، فليس عليه قضاؤه . وإذا كان كذلك // [ل ٦١ أ] لم يكن بد من إحضار المدعى عليه حتى يقبض منه دينه .

قال ^(١) : { وإن قال : أنا أقيم لك ^(٢) كفيلاً بالمال ولا أعطيك كفيلاً بنفسى ، والمسئلة على حالها ، لم يقبل ذلك منه أيضاً { من قبل أنه إذا ^(٣) . لم يأخذ منه كفيلاً بنفسه ولا وكيلاً في خصومته لم يجر للقاضى أن يحكم عليه مع كونه غائباً ، فلا بد من أن يأخذ منه كفيلاً حتى يحضره ويحكم عليه ثم يأخذ الدين من الكفيل إن شاء ، أو يعطى وكيله ^(٤) في خصومته حتى يخاصمه ^(٥) . ويثبت الدين ثم يأخذه من الكفيل به وإن لم يأخذ منه كفيلاً بنفسه . وأيضاً فإن للدعى أن يقول : أنا لا أرضى بضمان هذا الكفيل بالدين لأن ذمة خصمى أوثق من ذمة هذا الوكيل فلا أرضى بكفاله وآخذ ^(٦) حتى من خصمى دون الوكيل .

244 (١) مزيد ف هـ : لك . (٢) ساقط من ف .

(٣) ل : هـ .

(٤) ساقط من ف .

(٦) ل : يأخذ .

245 (١) ساقط من ف .

(٢) ساقط من ف .

(٥) ل : يخاصم .

فصل

246

{ ولو أقام في العقار وكيلًا في خصومته ودفع إليه العقار ، وأخذ من الوكيل كفيلاً بنفسه ، كان ذلك جائزاً ، ولا يُجبر المطلب على دفع الكفيل بنفسه { من قبل أن الوكيل قد أقامه مقام نفسه ^(١) في الخصومة ^(٢) وتسليم العقار إلى الطالب إذا حكم له بها . فإذا أخذ من الوكيل كفيلاً بنفسه كُلف كفيل الوكيل بإحضار ^(٣) الوكيل وصار ^(٤) لإحضار الوكيل ^(٥) ها هنا كإحضار المطلب لأنه مُسلّط على تسليم المدعى إلى المدعى متى ما ^(٦) استحقه . فلذلك لم يُكلف دفع الكفيل بنفسه . وأما في الفصل الأول ^(٧) الذي قد مضى إنما كُلف دفع الكفيل بالعقار لأنه لم يذكر // [ف ٧٦ ب] أنه قد سلّم العقار إلى الوكيل ، فكان الوكيل هناك لم يكن مسلّطاً على تسليم العقار ^(٨) إذا حكم على الوكيل بذلك . فلذلك ذكر هناك الكفيل بالعقار ^(٩) . ولم يذكر ها هنا .

247 وهذا الضرب من المسائل التي ذكرها ^(١٠) على ثلاثة أوجه : أحدها أن يكون الشيء المدعى عرضاً من العروض مما يُنقل ويحوّل وهو بعينه ، فيحتاج في إنفاذ الحكم به للمدعى إلى إحضار المدعى عليه وإحضار الشيء ، فيكلف المدعى عليه أن يدفع كفيلاً بنفسه ^(١١) وكفيلاً بالشيء أو وكيلًا بالخصومة وكفيلاً // [ل ٦١ ب] [بالشيء] ويؤخذ من الوكيل كفيل بنفسه ^(١٢) ؛ أو يُعطى ^(١٣) الشيء إلى ^(١٤) الوكيل [ويكلف] ^(١٥) الوكيل للطالب إحضاره إلى

246 (١) ل : والخصومة . (٢) ل : إحضار .

(٣) ف ، ج : دخها والوكيل . (٤) ساقط من ف .

(٥) ساقط من ف .

(٦) ل : لأنه لم يكن في يده وإنما جعل إليه الخصومة وسلط الكفيل بالعقار .

247 (١) ف : ذكرناها . (٢) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ف . (٤) ل : وكفيل ف ، ج : ويكلف .

مجلس المحكم وتسلمه . والوجه الثاني أن يكون الشيء المدعى عقاراً [أو أرضاً]^(٥) فهذا لا يحتاج إلى كفالة الكفيل بالشيء المدعى في إنقاذ الحكم ، ولكنه يؤخذ من المدعى عليه كفيل^(٦) بنفسه حسب^(٧) . وإن شاء^(٨) المدعى عليه وكّل وكيلاً في خصومته ودفع إليه العقار حتى يُسلمه إليه إن استحقه أو^(٩) أعطى كفيلاً بالعقار ووكيلاً في الخصومة . كل ذلك جائز^(١٠) . والوجه الثالث وهو أن يكون الشيء المدعى ديناً في الذمة^(١١) ، فهذا إن أعطى كفيلاً بنفسه^(١٢) حسب^(١٣) قبل منه ، وإن لم يُعطِ كفيلاً بنفسه وكّل وكيلاً في خصومته وأعطى كفيلاً^(١٤) بالدين كان [للدعى]^(١٥) أن لا يقبل منه ذلك . وكذلك إن أعطى كفيلاً^(١٦) بنفس الوكيل كان له أن لا يقبل^(١٧) . وقد^(١٨) بينا وجه هذه المسائل كلها فيما تقدم ، وإنما ذكرنا تحصيل الوجوه ليقرب إلى فهم الناظر فيه ويسهل عليه حفظه .

مسئلة

248

قال : { وإن سمع القاضى من بينة المدعى على^(١) المدعى عليه ، ثم غاب المدعى عليه أو مات ولم يكن له كفيل^(٢) ، أو كان له كفيل^(٣) فأت غاب أو غاب ولم يكن له وكيل في خصومته ، أو كان له وكيل فأت غاب فزكيت البينة

(٥) ساقط من ل . و ل ف ، ج : أو عروضاً . ولعل الصواب ما أبلغناه .

(٦) ف : كفيلاً . (٧) ف ، ج : سأل .

(٨) ل : ولو . (٩) ف : كان ذلك جائزاً .

(١٠) ف : فنة المدعى .

(١١) مزيد في ل هنا : وهو أن يكون الدعى .

(١٢) ل : المدعى . (١٣) ساقط من ف .

248 (١) من (١٢) في الفقرة السابقة إلى هنا ساقط من ل .

(٢) ل : وكان كفيل ، وإنما أراد تحصيل الوجوه ليقرب إلى الناظر فيه ويسهل عليه حفظه .

في السر والعلاية ، فأراد المدعى من القاضي أن يقضى له على المدعى عليه وهو متغيب ، فإن القاضي لا يقضى له^(٣) عليه بشيء من ذلك وإن كان قد سمع من البيئة والمدعى عليه حاضر . قال الخصاف : { والصواب هندی أن يحكم عليه . وهو قول أبي يوسف } . قال الشيخ : وليس هذا المشهور عن أبي يوسف ، والمشهور عنه أيضاً أن لا يحكم عليه مع غيبته أو موته . وذلك أن حال القضاء آكد^(٤) من حال السماع ، لأن الحق لا^(٥) يستحق على^(٦) المطلوب إلا بالقضاء ، والسماع لا يستحقه . فلما اتفق الجميع من أصحابنا أنه لا يجوز أن يسمع من^(٧) البيئة مع غيبة المدعى عليه ، كذلك لا يجوز أن يحكم عليه بالسماع المتقدم مع غيبته .^(٨) ووجه ما ذهب إليه أبو يوسف^(٩) ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعلي رضي الله عنه : لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر^(١٠) . وها هنا قد سمع من المدعى عليه حجة // [ل ٦٢ أ] فيلزم أن يحكم للمدعى وإن غاب المدعى عليه بعد ذلك . والثاني أن المدعى عليه لو كانت له حجة يدرأ^(١١) بها دعوى المدعى لآتى بها في حال حضوره ، فلا معنى لوقوف الحكم لأجل غيبة المدعى عليه .

249 والجواب أنه معلوم أن مراد النبي عليه السلام : لا يقضى لأحد الخصمين حتى يسمع من الآخر ، ليس هو سماع كلام المدعى عليه أو كلام المدعى ، أى كلام كان ، لأنه لو كان كذلك لوجب ، إذا جاء المدعى وأدعى على المطلوب شيئاً وأنكر المدعى عليه وغاب ، أن يقضى للقاضي للمدعى بالحق إن أقام البيئة بعد غيبة المدعى عليه ، لأنه قد سمع من كل واحد من

(٣) ساقط من ل .

(٤) ل : اها .

(٥) ف : سقط من .

(٦) ساقط من ف .

(٧) ف : وذهب أبو يوسف إلى .

(٨) ل : يدعى .

(٩) قال أباهود ، أفضية ، ٦

الخصمين . فلما اتفق أبو يوسف مع سائر أصحابنا أن لا يحكم للدعى هاهنا بشيء مع غيبة الخصم علينا أن المقصد في الخبر ليس هو السلام فقط وإنما المقصد فيه : لا يقضى لأحد الخصمين حتى يكون الآخر حاضراً من حيث يسمع حجه في حال القضاء ، والله أعلم ^(١) .

مسئلة ^(١)

250

{ ولو أن رجلاً تقدّم إلى القاضى وادعى وصية من رجل وأحضر معه رجلاً ادعى عليه حقاً للميت ، ولم تثبت وصية الموصى ^(٢) عند القاضى ، فقال الوصى للقاضى : 'نخذلى من هذا الرجل كفيلاً ^(٣) حتى أثبت وصيتى وأثبت عليه الحق للميت ، فإن القاضى لا يأخذ منه ^(٤) كفيلاً لإثبات ^(٥) وصية المدعى من جهة الميت { ، لأن الوصية ليست حقاً على المدعى عليه حتى يؤخذ منه كفيل ، وإنما ^(٦) هو نائب من جهة الميت ^(٧) إذا أوصى إليه . وليس يجوز له أن يأخذ الكفيل لأجل إثبات الدين عليه للميت ، لأن المدعى ليس بخصم من الميت ما لم تثبت وصيته . فكيف يجوز للقاضى أن يأخذ من المدعى عليه كفيلاً لنفي ^(٨) خصم ؟ فإذا بطل الأمران جميعاً لم يجب عليه ^(٩) دفع الكفيل إلى المدعى . والوكيل في هذا مثل الوصى إذا ادعى وكالة الغائب وأن الغائب على المدعى ديناً لم يؤخذ من المدعى عليه كفيل ^(١٠) لليلة التي ذكرناها في الوصى .

249 (١) ساقط من ل .

250 (١) هذا العنوان في ل فقط . (٢) ف : الوصى .

(٣) ل : من قبل أن أخذ الكفيل منه لا يخلو إما أن يكون يأخذه لإثبات الوصية أو لإثبات الدين للميت عليه ، وليس للقاضى أن يأخذ من المدعى عليه .

(٤) ل : بإثبات .

(٥) ل : هو حق الميت ومن جهة الميت .

(٦) ل : ينفي . (٧) ل : د .

(٨) ساقط من ل .

فصل

251

{ فإن ثبتت الوصية أو الوكالة للدعى وأراد إثبات الدين على المدعى عليه للبيت أو الغائب فطلب من المدعى عليه كفيلا مدة ثلاثة أيام لإحضار بيته فإن القاضى يأخذ منه كفيلا } ، لأنه خصم يدعى عليه إثبات الدين ، فصار كسائر الحقوق .

فصل

252

{ ولو لم تثبت الوصى الوصية ، ولكنه أقام البينة على ما ادعى من الوصية ، فوقف القاضى فى المسئلة عن شهوده ، فأحضر الوصى واحدا يدعى عليه حقا^(١) للبيت ، فطلب من القاضى أخذ الكفيل منه إلى أن يسأل عن شهوده // [ف ٧٧ ب] ويثبت الحق على الرجل ، لم يأخذ القاضى كفيلا له بذلك { من قبل أن خصومته لم تثبت بعد حتى يركب الشهود // [ل ٦٢ ب] وينفذ القضاء بالوصية . فإذا لم تثبت خصومته لم يجوز له أخذ الكفيل لغير خصم . وكذلك الوكيل فى هذا .

فصل

253

{ ولو أن الوصى أو الوكيل حيث ادعىا على المطلوب ديناً^(١) للبيت أو الغائب أراد أن يقيم البينة على إثبات الوصية أو الوكالة^(٢) وعلى إثبات الدين للغائب أو للبيت على المطلوب فإن القياس فى هذا أن لا يقبل البينة على إثبات الدين^(٣) حتى تثبت^(٤) الوصية أولا أو الوكالة^(٥) ثم^(٦) يقبل البينة

252 (١) ل : ما .

(٢) ل : اليد .

253 (١) ساقط من ل .

(٤) ساقط من ل .

(٣) ف : الوكالة أولا .

على إثبات الدين من قبل أن المدعى ليس بمضغهم في إثبات الدين حتى تثبت الوصية أو الوكالة كما قالوا في الرد^(٥) بالعيب ، إلا أنهم استحسنوا ها هنا وقبلوا البينة على الأمرين جميعاً ، وفرّقوا بينه وبين الرد بالعيب { من قبل أنه لا يجوز أن يكون وكيلاً أو وصياً ولا يكون خصماً ، ويجوز أن يكون معيماً ولا يجب الرد . فإذا كان كذلك فارق هذا الرد بالعيب وجوزوا إقامة البينة على الوكالة والوصية وإثبات الدين على^(٦) المطلوب .

مسئلة

254

{ ولو أن رجلاً " قدّم رجلاً " إلى القاضى وأدعى أنه وصى الميت وإن له على الميت حقاً وأنكر المدعى عليه أنه وصى الميت ، فأراد المدعى أخذ الكفيل من المدعى عليه حتى يثبت الوصية والدين على الميت لم^(٧) يؤخذ منه كفيل^(٨) { لأن المدعى عليه أنكر أن يكون خصماً عن الميت ، والمدعى إنما ادعى على الميت أنه أوصى إلى هذا المدعى عليه ولم يدّع على المدعى عليه شيئاً ، لأن الوصية ليست حقاً للدهى ولا للدهى عليه وإنما هي حق للميت . وإذا كان كذلك لم يكن له أخذ الكفيل لإثبات الوصية . والثانى أن المدعى عليه لو أقر أنه وصى الميت لم يقبل قوله ، فكيف يكون خصماً عن الميت وقوله غير مقبول في كونه خصماً عنه ؟ وليس له أن يأخذ منه كفيلاً لإثبات الدين على الميت لأنه إذا لم يثبت أنه^(٩) خصم عن الميت فالمدعى لم يدع عليه شيئاً وإنما ادعى على الميت حقه ، فلا يستحق أخذ الكفيل منه .

(٦) ل : عن .

(٥) ساقط من ل .

(٧) ل : يوجب منه كفيلاً .

254 (١) ف : قلته وجعل .

(٢) ل : هـ .

فصل

255

{ وكذلك لو ثبت الوصية إلا أنه [ل ٦٣ أ] قال : لم يصر في يدى^(١) من مال الميت شيء فالقول قوله^(٢) ولم يؤخذ منه كفيلا { لأن الوصى أمين والقول قوله^(٣) فيما لم يحصل في يده شيء من المال . فإذا ثبت هذا لم يكن للدعى^(٤) عليه مطالبة ، لأن الدين على الميت دون الوصى فلا يؤخذ من الوصى كفيلا^(٥) . وأما إذا اعترف بمصوّل التركة^(٦) في يده فيؤخذ منه كفيلا^(٧) لأنه يدعى عليه استحقاق ما في يده بالدين الذى يثبت على الميت ، والوصى هو الخصم فى ذلك فلذلك يؤخذ منه كفيلا // [ف ٧٨ أ] .

فصل

256

{ ولو قال الطالب للقاضى حين جحد الوصى حصول شيء من مال الميت^(١) فى يده :^(٢) " خذلى " منه كفيلا^(٣) حتى أثبت حقى على الميت بمحضرتك ثم أطلب مال الميت^(٤) فإن القاضى يأخذ له كفيلا^(٥) مدة ثلاثة أيام إن ادعى بينة غائبة والمطلوب مقيم { ، لأن الوصى خصم عن^(٦) الميت فى إثبات الدين عليه فصار مثل الوارث فيؤخذ منه كفيلا^(٧) لإثبات الدين إذا ادعى الطالب تركه الميت . ولو كان المدعى عليه وارث الميت فإن القاضى يأخذ منه كفيلا للدعى فى إثبات موت الميت ونسبه منه وفى إثبات الدين

255 (١) مزيد هنا فى ل : ل كدى . . (٢) ساقط من ف .

(٣) ل : للعدما . (٤) ف : كفيلا .

(٥) مزيد هنا فى ل : ل . (٦) ف : كفيلا .

256 (١) ساقط من ف . (٢) ل : آخذ .

(٣) ساقط من ف . (٤) ل : كفيلا .

(٥) ساقط من ل . (٦) ف : كفيلا .

على الميت إذا ادعى المدعى . ولا يشبه الوارث في هذا الوصى والوكيل ^(٧) :
 إنه لا يؤخذ منهما الكفيل حتى يثبت المدعى الوصية من الميت أو الوكالة من
 جهة الغائب ، من قبل ^(٨) أن المدعى ها هنا يدعى على الوارث استحقاق
 ما ملكه من جهة الميت بالدين ، فإذا كان الحق للمدعى إنما يدعى استحقاقه
 من ملكه كان دفع الكفيل عليه دون غيره . وأما الوصى والوكيل فليس
 كذلك لأن المدعى لا يدعى عليهما حقاً وإنما يدعى استحقاق ملك الميت .
 فـ ^(٩) لم يثبت أنهما خصمان ^(١٠) لم يجب عليهما ^(١١) دفع الكفيل . وأيضاً فإن
 الوصى والوكيل لا يدعيان تركه الميت وماله ^(١٢) الغائب لأنفسهما إذا ثبتت
 الخصومة أيضاً والوارث يدعى التركة لنفسه . وإذا ثبت الموت فصار الوارث
 خصماً في // [ل ٦٣ ب] ذلك فعليه دفع الكفيل ، ولم يكن الوصى ولا الوكيل
 خصماً فيما ^(١٣) يدعى المدعى ^(١٤) حتى تثبت الخصومة ، فلا يجب عليهما دفع
 الكفيل . ^(١٥) وأيضاً فإن الوارث يخلف الميت [في رد المبيع] ^(١٦) عليه
 بالعيب ، ولا يُرد على الوصى . وكذلك هو يرد المشتري الذي اشترى
 الميت على بائمه بالعيب ، وليس للوصى ذلك لأنه ليس الوصى قائماً مقامه إلا
 فيما أقيم ^(١٧) له الميت ، والوارث قائم مقامه . فلذلك يؤخذ من الوارث كفيل
 ولا يؤخذ من الوصى ^(١٨) .

-
- (٧) ل : والوكيل . (٨) ساقط من ل .
 (٩) ل : فيما . (١٠) خصمين ، ل : احسان .
 (١١) ل : عليهما . (١٢) ساقط من ف .
 (١٣) ف : يدعيان على الميت .
 (١٤) لا يستقيم المنى بدون هذه الزيادة .
 (١٥) لعل هذه الكلمة تحريف « أوصى » .
 (١٦) ساقط من ف ، ج .

فصل

257

{ ولو كان المدعى ادعى داراً في يد رجل أنه اشتراها من فلان وقبضها منه ، أو قال : اشتريتها منه وهو يملكها ، وقال الذي في يده الدار : هي لي ، فإن القاضى يأخذ منه كفيلاً للمدعى إذا ادعى إحضار البينة { لأن المدعى يدعى عليه^(١) ملك الدار لنفسه . { وكذلك لو كانت الدعوى في إثبات النكاح للزوج على المرأة أو للمرأة على الزوج أو^(٢) في دعوى الرق للرجل على العبد أو الأمة ، فإن القاضى يأخذ من المدعى عليه^(٣) كفيلاً في هذا كله { كسائر الحقوق لأنها لا تسقط بالشبهة .

فصل

258

{ فإن مات المطلوب أو الكفيل في هذا كله بطلت الكفالة { لأن موت المطلوب يسقط به^(١) الإحضار عن المطلوب ، فبرىء الكفيل كما يبرأ الكفيل بالمال براءة المكفول عنه . وموت الكفيل يُسقط إحضار الكفيل^(٢) لأن بعد الموت لا يلزمه إحضار ، فصار كالكفيل بالمال إذا أبرأه الطالب مما عليه برىء وكان الدين على المكفول عنه . كذلك هذا .

فصل

259

{ وإن مات الطالب فالكفالة على حالها { لأن إحضار المطلوب لم يسقط عنه // [ف ٧٨ ب] فلا يبرأ^(١) الكفيل أيضاً لأن وارث الطالب يقوم مقام الطالب فيحضر المطلوب لحق الوارث كما كان يحضر لحق المورث^(٢)

(٢) ساقط من ل .

257 (١) ل : مفه .

(٢) ساقط من ل .

258 (١) ساقط من ل .

(٢) ف : المورث .

259 (١) ل : يريد من .

عنه .^(١) فإن قيل : إن الكفيل إنما كفل للطالب فلا يلزمه الكفالة للوارث ، قيل له : والبايع إنما التزم حق البيع للمشتري ومع ذلك إذا مات قام وارثه مقامه . كذلك [هذا]^(٢) مثله لأن الوارث يختلف الميت في ملكه^(٣) .

260 قال : فإن دفع الكفيل المطلوب إلى وصي الميت برىء من كفائه كما برىء من الكفالة // [ل ٦٤ أ] بالمال^(١) إذا أعطى المال إلى^(٢) الوصي . وكذلك هذا . ولو لم يكن للميت وصي فأعطاه إلى الوارث برىء إن لم يكن له وارث^(٣) غيره كما قلنا في الوصي . وإن كان له وارث^(٤) غيره برىء من حق المدفوع إليه^(٥) وإن لم^(٦) يبرأ من حق الباقيين كما قلنا في الكفالة بالمال { ، لأن أحد الورثة لا يقوم مقام الباقيين إذا كان لكل واحد منهم حق . ألا ترى أن تصرف بعضهم على بعض غير جائز في مال الميت ؟ وكذلك هذا^(٧) . فإن قيل : أليس أحد الورثة خصماً^(٨) من الميت في إثبات الحق على الميت والميت^(٩) ، فهلا قام هاهنا أيضاً^(١٠) أحد الورثة مقام الميت في براءة الكفيل بتسليم المطلوب إليه ؟ قيل له : ليست الخصومة^(١١) من هذا في شيء^(١٢) . ألا ترى أن رجلاً لو وكّل رجلاً بكل حق هو له^(١٣) وعليه وقد كان الموكل قد أخذ كفيلاً للمطلوب بنفسه في [؟] الكفيل بالمطلوب وسلّمه إلى وقيل [؟]

(٣) لا يستقيم المعنى بدون هذه الزيادة .

(٤) ساقط من ف ، ج .

260 (١) ف : من المال .	(٢) ساقط من ل .
(٣) ف : وارثاً .	(٤) ف : وارثاً .
(٥) ف : ولم .	(٦) ف : كذا مثله .
(٧) ف : خصم .	(٨) ل : والميت .
(٩) ساقط من ف .	(١٠) ل : في هذا شيء .

الطالب^(١١) لم يبرأ الكفيل من كفائه به^(١٢) وإن كان الوكيل خصما فيما يدعى^(١٣) الموكل . كذلك هذا .

باب العدوى والإعذار 281

الأصل في هذا ما روى^(١) عن أبي هريرة وزيد بن خالد وسنان بن معبد^(٢) أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله ، إن ابني صيف لهذا الرجل - يعني أجمه - وإنه زنى بامرأته فاقتديت^(٣) عنه بمائة^(٤) من النعم^(٥) فسألت رجلا^(٦) من أهل العلم عن ذلك . فقالوا^(٧) : على ابنك مائة وتغريب عام . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما غنيماتك^(٨) فهي لك تأخذها^(٩) وأما على ابنك فجلد مائة وتغريب عام ، واغد^(١٠) يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها^(١١) . فالاستدلال^(١٢) من هذا الخبر على وجوب الإعداد وإن لم يثبت الحق^(١٣) المدعى على المدعى عليه قوله عليه السلام : واغد^(١٤) يا أنيس على امرأة هذا . فأمر عليه السلام أنيسا بأن يندو إلى امرأته بقول الرجل الحاضر وإن لم يثبت أن المرأة قد زنت . فلذلك القاضي يلزمه أن يُعديه على المطلوب ويحول بينه وبين أشغاله وتصرفه بدعوى الطالب ، فإن ثبت // [ل ٦٤ ب] الحق^(١٥) وإلا خلاه . وأيضاً روى

(١١) ساقط من ف ، ج . والثبت ل ل . ولعل الصواب : . . . [فأني] الكفيل بالمطوب وسله إلى [وكيل] الطالب .

(١٢) ساقط من ف . (١٣) زيد ل ل هنا : على .

281 (١) ساقط من ل . (٢) ف : قضيت .

(٣) ف : غم . (٤) ف : رجلا .

(٥) ف : فقال ل . (٦) ف : الغنيمات .

(٧) ف : غنمها . (٨) ل : إلى .

(٩) قابل بحاري ، صلح . (١٠) ل : فاستدلال .

(١١) ل : بالحق . (١٢) ساقط من ف .

أن رجلاً كان له على النبي عليه السلام دين^(١٣) فجاء إليه فطلبه وأغلظ عليه القول ، فقام إليه^(١٤) واحد من^(١٥) أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم - وقد قيل إنه كان عمر - فأنكر على الرجل ، فقال النبي عليه السلام : « إنكم لأن تكونوا على أحب إلى من أن تكونوا »^(١٥) على الرجل فإنه ما قُدمت^(١٦) أمة أخذ من قومها لضعيفها^(١٧) - بمعنى أخذ الحق من قومها لضعيفها . فهذا أصل في أن على^(١٨) المسلمين أن يأخذوا حق الطالب^(١٩) // [ف ٤٩ أ] من المطلوب ، والقاضي يقوم مقام كافة الناس في إيصال ذوى الحقوق إلى حقوقهم . فإذا جاء الطالب وادعى على المطلوب حقاً فعليه أن يُعدي عليه^(٢٠) ويستوفي منه حق الطالب . وروى أن رجلاً دخل مكة يبذل له فباعها من أبي جهل ، لعنه الله ، فطلبه أبو جهل^(٢١) فتظلم^(٢٢) في المسجد وقال : يا معشر قريش ، إني رجل غريب وابن سبيل وإني بعثت إيلاً^(٢٣) من أبي جهل ومطلى وظلتي ، فمن رجل يُعديني عليه ويأخذ لي بحقي ؟ ورسول الله جالس . فقالوا : ذلك الرجل يُعديك عليه - استهزاءً . قال : فانطلق الرجل إليه فذكر ذلك للنبي عليه السلام فقام معه ، وبعثت قريش في آثارهما رجلاً . قال : فأقى الباب فضربه ، فقيل : من ؟ فقال : محمد ، صلى الله عليه وسلم ، فخرج أبو جهل وما في وجهه رائحة من الذعر . فقال : أعط هذا حقاً ! قال :

(١٣) ساقط من ف . (١٤) ل : وأخذ .

(١٥) مزيد هنا ل : ل . (١٦) ل : يثبت .

(١٧) لم أشر على هذا الحديث رغم إشارة ولستك إليه تحت مادة « أمة » ل ابن ماجه ، صدقات ١٧ .

(١٨) ساقط من ف .

(١٩) ل : هنا تنتهي ٧٨ ب من مخطوطة ف ، ويصح الرجوع إلى ٤٩ أ من مخطوطة ف لاستئناف المتن . انظر ملاحظة ١٣ من فقرة 211 .

(٢٠) ساقط من ل . (٢١) على هامش ل .

(٢٢) ف : وظلته فنام . (٢٣) ساقط من ل .

نعم . قال : فدخل فأخرج حقه فأعطاه إياه . فجاءهم الرسول فأخبرهم . وجاء الرجل فوقف عليهم وقال : جزاء الله خيراً فقد أخذ لي^(٢٤) بحق . قال : فلم ينتروا أن جاء أبو جهل اللعين فقالوا^(٢٥) : ويحك ، ما صنعت ؟ فقال : والله ما هو إلا أن ضرب علي^(٢٦) الباب وقال محمد فذهب فؤادي فخرجت إليه وإن معه لفحلاً ما رأيته مثل هامته وأنيابه لفحل قط ، إذ^(٢٧) لا كفى لو امتنت عليه ، فوالله ما ملكت نفسي أن أعطيته حقه^(٢٨) . فهذا الخبر أيضاً يدل على صحة ما ذكرنا لأن النبي صلى الله عليه وسلم قام إلى أبي جهل حيث استعدي الرجل^(٢٩) بقوله ولم^(٣٠) يكن معه حجة في ثبوت الحق عليه غير قوله ودعواه . فقد بان لك أن علي القاضى أن يعدى^(٣١) على المطلوب ويحضره إلى مجلسه بقول الطالب وإن لم يثبت عليه الحق المدعى^(٣٢) . //

[ل ١٦٥] .

262 وأيضاً روى عن عليّ أن امرأة الوليد بن عقبة جاءت إلى النبي عليه السلام تستعدي على زوجها فأعدها ، فجاءت^(١) فقالت : إنه^(٢) أبي أن يحيم . فأعطاها هدية من ثوبه كريمة^(٣) العددي فجاءت^(٤) به . فهذا أيضاً^(٥) يدل على ذلك^(٦) ، وهذا أصل في العددي وأخذ الختم والطبقة من القاضى في العدوى ، لأن النبي عليه السلام أعطاه هدية من ثوبه علامة لكي لا يأبى^(٧)

-
- | | |
|--|--------------------|
| (٢٤) ساقط من ل . | (٢٥) ل : فقال . |
| (٢٦) ساقط من ل . | (٢٧) ف ، ج : أن . |
| (٢٨) أنظر هذا الخبر ل ابن هشام ، ج ١ ، ص ٤١٦ — ٤١٧ | (٢٩) ل : يقول هل . |
| (٣٠) ل : يدل . | (٣١) ل : للمدعى . |

- | | |
|---------------------|-------------------|
| 262 (١) ل : فجاءت . | (٢) ساقط من ف . |
| (٣) بمعنى : كفاية . | (٤) ل : فجاء . |
| (٥) ساقط من ف . | (٦) ف : يأبى عن . |

الحضور إلى مجلسه . وأيضاً ما روى يحيى بن أكثم عن النضر بن شميل
عن الحرماس بن زياد^(٧) عن أبيه عن جده قال : أتيت النبي عليه السلام
استعديه على غريم لي فأعداني ثم أمرني أن ألزمه ، ثم مر بي صلى الله عليه
وسلم من آخر النهار فقال « ما عسيت أن تصنع بأسيرك يا أخا بني تميم ؟ »^(٨)
فهذا أيضاً أصل فيما ذكرنا في العددي وأصل في ملازمة الخصم إذا ثبت
الحق لأنه قال : فأعداني ثم أمرني بالملازمة ، يعني أنه أقام عليه الحجة بثبوت //
[ف ٤٩ ب] الدين ثم أمره بالملازمة . فهذه الأخبار كلها تدل على أن القاضي
يجب عليه أن يُعدي على المطلوب بدهوى الطالب ويُحضره ويفصل بينهما .
وقد^(٩) حكى عن مالك أنه قال^(١٠) : إن لم يعرف القاضي أن بين الطالب
والمطلوب^(١١) معاملة لم يُعد على المطلوب بدعوى الطالب .

203 قال الشيخ : وهذا كلام^(١٢) فاحش مشكر لأن العمل بما ذكرنا
مستفيض عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه والتابعين إلى يومنا هذا .

264 وروى عن الحسن قال : بلغ عمر^(١٣) بن الخطاب^(١٤) رضي الله عنه
أن امرأة استعدي عليها فأرسل إليها رسولاً ليؤتي بها وهي حامل ، فدعاها ،
فأخذها الطلق في الطريق ، فأسقطت ، فبلغ ذلك عمر ، فاستشار جلساءه
في السقط ، فقالوا : أنت إوالى أرسلت في حق وأنت مؤدب فلا تزيء عليك

(٧) لعله حرماس بن حبيب القتيبي فورد عنه النضر بن شميل . أنظر ميزان الاعتدال ،

ج ٤ ، ص ٢٩٥

(٨) لم أعثر على هذا الحديث في مسجود ونسك .

(٩) ل : وما قد .

(١٠) ساقط من ب .

(١١) ساقط من ل .

203 (١) ساقط من ف .

204 (١) ساقط من ل .

شيئاً . وعلى ، رضى الله عنه ، ساكت ، فقال : قل يا أبا الحسن إنى أراك صامتاً ، فقال : عزمت لا أبرح حتى تقضى ذلك عنى . فأفادنا هذا الخبر وجوب العزم لأن عمر لمّا بلغه أمر المرأة أعدى عليها واستثبت أمرها ليجرى عليها^(٢) // [ل ٦٥ ب] حكم الله سبحانه بمحض من الصحابة من غير تكبير من أحد عليه . كذلك المدعى إذا جاء إلى القاضى وادعى حقاً على المطلوب فعلى القاضى أن يعدى عليه ويستثبت^(٣) دعوى المدعى فيه^(٤) ، ويجرى عليه حكم الله تعالى . وأما ضمان السقط فليس عندنا على القاضى ، إلا أن عمر لمّا اختلف فيه^(٥) أصحاب النبي احتاط بإيجاب الضمان على نفسه . وعن [سليمان]^(٦) ابن يسار قال : لمّا قدم عمر الشام أتاه رجل فذكر عن امرأته جوراً فأرسل عمر إليها أبا واقد الليثي فقال : أخبرها أنها لا تؤخذ بقول زوجها . فأتاها أبو واقد فأخبرها بذلك ، فاعترفت ، فأمر بها عمر 'لحدث' . فهذا أيضاً يدل على صحة ما ذكرنا لأن عمر أعدى على المرأة بقول الزوج حين ادعى أنها فاجرة ليجرى^(٧) عليها الحكم ولم يثبت عنده أنها زنت . ألا ترى أنه قال لأبي واقد : أخبرها أنها لا تؤخذ بقول زوجها ؟ وحديث محمد بن عبد الرحمن عن أبيه قال : استعديت عثمان بن عفان فأخذت بثلابيه ، فأعداني . فهذا أيضاً من جهة عثمان يدل على موافقته لفعل عمر . وقد روى عن ابن مسعود نحو من هذا . وأيضاً لو كان الأمر على ما قال مالك ما قدر قاض أن يثبت المدعى حقاً على المدعى عليه لأن للمدعى عليه كان يجلس فى بيته فلا يجوز للقاضى أن يعدى عليه ويحضره . وإذا لم يجوز ذلك لا يجوز أن يسمع حجة المدعى عليه^(٨) وهو غالب ، فلا يصل المدعى // [ف ٥٠ أ] إلى حقه

(٢) ف : عليه .

(٤) ساقط من ل .

(٣) ل : أمره .

(٦) ف : وليجرى .

(٥) نى الأصل : سليمان .

(٧) ساقط من ل .

أبداً ، وهذا يوجب إبطال القضايا ودفع الدعاوى والبنات . وهذا خلاف دين المسلمين .

مسئلة^(١)

265

قال : { وإذا استعدي رجل^(٢) إلى القاضي^(٣) على رجل أو امرأة أعداه عليه وأمره بإحضاره ليجمع بينهما ويسئله عن^(٤) دعوى المدعى ، وإن أراد إحلافه أحلفه على دعواه^(٥) في مجلس الحكم^(٦) إلا أن يكون المدعى عليه مريضاً أو امرأة لا تخرج . وأما إذا كان صحيحاً أو كانت امرأة تخرج في الحوائج فإن على^(٧) القاضي أن يُعدي عليه إذا استُعدي إليه^(٨) { (٩) لا يئناه^(١٠) . } وأما إذا كان الرجل // [ل ٦٦ أ] مريضاً فالإحضار معدوم^(١١) منه . فيوجه القاضي إليه أميناً من أمنائه مع المدعى وشاهدي عدل ممن يعرف المريض ويكتب^(١٢) للأمين اليمين التي يستحلفه عليها . فإذا أتمه الأمين قال له : إن هذا أتى القاضي وادعى عليك كذا وكذا ، وأراد استحلافك له ، وأمرني القاضي باستحلافك إن كنت جاحداً لدعواه . والشاهدان حاضران لذلك^(١٣) } .

266 أما توجيه القاضي الأمين فلأن المريض لما تمذر عليه المحذور إلى

265 (١) هذا العنوان في ف ، ج فقط .

(٢) ساقط من ل . (٣) زيد في ل هنا : ذلك .

(٤) ل : هل الحكم . (٥) ساقط من ل .

(٦) ف : عليه .

(٧) ف : ولد يئناه ذلك فيما سلف .

(٨) كذا في ف ، ج . في ل : معدوم . ولعل الصواب : معدوم .

(٩) ف : وكتب . (١٠) ل : كئنه .

بجلس القاضى والقاضى لا " يحسن منه " ترك المجلس والذهاب إليه أقام
الأمين مقام نفسه في سماع قوله وما لا يقدر عليه القاضى (١) أن يفعله مع غيبة
المريض كاليمين ونحوها . وأما توجيه المدعى فلأن الأمين يحتاج إلى أن يرجع
إلى قول المدعى فيما يريد من اليمين وغيرها بما (٢) " يوجب الحكم ، فلا بد من
إنفاذ المدعى معه . وأما الشهود فلأن قول المدعى عليه يحتاج أن يُنقل إلى
القاضى فلا يجوز نقله إلا بشهادة (٣) شاهدين عدلين (٤) كسائر الحقوق لأن
هذا نقل الإقرار فصار مثل سائر الإقرارات . فإذا كان كذلك ثبت وجوب
التوجيه لكل واحد منهم على ما بينا .

287 { فإذا أتوه عرّته الأمين بحجى المدعى إلى القاضى ودعواه عليه ، فإن
أقر بدعوى المدعى شهد الشاهدان على ذلك وقال له الأمين : وكُلَّ وكَيْلا
بمحضر مع خصمك مجلس الحكم . فإذا فعل ذلك حضر الشاهدان فشهدا عند
القاضى بما أقر به بمحضر من وكيله { . وذلك لما بينا أن الأمين إنما يقوم
مقام القاضى (١) فيما لا يجب ولا يقدر (٢) القاضى أن يفعله بنفسه . فأما ما (٣)
قدر عليه فإن القاضى يفعله هو بنفسه . فالسماع من المريض ليس يقدر عليه
القاضى مع غيبة المريض عنه ، فيسمع منه الأمين والشهود . وأما إنفاذ الحكم
عليه فإن القاضى يقدر عليه لأن وكيل المريض يقوم (٣) مقام المريض (٤) كما
يقوم وكيل الغائب مقام الغائب وكما يقوم الوصى مقام الميت . والعلة (٥) تعذر
إحضار المطلوب عند القاضى . فإذا كان كذلك يأخذ منه // [ف ٥٠ ب]

266 (١) ل : يجب به . (٢) ساقط من ف .

(٣) ل : وما . (٤) ل : شاهد عدل .

267 (١) ل : فيما لا يمكن فيما يجب فلا يقدر .

(٢) ل : من . (٣) ف : مقامه .

(٤) ف : والمضى الجامع بينهما .

وكيلا في الخصومة ويحكم القاضي عليه إذا شهد الشاهدان على إقرار المريض بما سمعاه منه .

268 { وإن كان // [ل ٦٦ ب] المريض قد جحد دعوى المدعى وأراد المدعى استخلافه فإن الأمين 'يحلّفه على ذلك { لأن القاضي لا يقدر على استخلافه ، والوكيل لا ينوب منابه في اليمين . فلا بد من إقامة الأمين مقام القاضي في هذا . { فإذا حلف برى ، إلا أن يدعى المدعى إقامة البينة على دعواه فيأخذ منه حيثئذ وكيلاً يحضر معه ^(١) ليثبت عليه بينته { من قبل أن الوكيل يقوم مقام الموكل في سماع البينة عليه ، فيمينه لا تمنع من إقامة البينة كما أن نفس المريض لو كان صحيحاً لحلف ثم أراد المدعى أن يقيم عليه البينة على دعواه قُبِلَت بينته . فكذلك هذا ما هنا ^(٢) إذا أراد المدعى إقامة البينة على حقه لم يكن للمريض ^(٣) بد من ^(٤) أن يقيم غيره مقام نفسه في إقامة البينة عليه ، وهذا مما لا يقدر عليه إلا ^(٥) القاضي فلا يكون إلا عنده .

269 { وإن كان الأمين عرض على المدعى عليه اليمين فأبى أن يحلف فعرض عليه ثلاث مرات على ما بينا ^(١) قبل هذا ^(٢) في باب النكول عن اليمين ، أخذ منه وكيلاً ^(٣) أيضاً يحضر مع خصمه في مجلس القاضي ويحضر الشاهدان أيضاً فيشهدان عند القاضي بحضور من وكيله بنكول المدعى عليه عن اليمين . فإذا شهدا بذلك عند القاضي بحضور من المدعى ووكيل المدعى عليه حكم القاضي عليه ^(٤) بالدعوى بالنكول وألزمه ذلك { . وأما العرض على اليمين فإنما تولاه ^(٥) الأمين لأن القاضي لا يقدر عليه . وأما الحكم بالنكول فإن

(٢) ساقط من ل

268 (١) ل : مع خصمه .

(٤) ساقط من ف

(٣) ساقط من ف

(٢) ف : كقيل

269 (١) ساقط من ف

(٤) ل : تول

(٣) ساقط من ف

القاضي يُقدّر عليه لأن الوكيل يقوم مقام الموكل في إنفاذ القضاء وإنما لا ينوب عنه في الاستحقاق ، وقد فرغ الأمين ها هنا من الاستحقاق وإنما بقي إنفاذ الحكم ، فللقاضي أن يُنفذ عليه بحضرة الوكيل كما ينفذ عليه الحكم بالبيئة بحضرة الوكيل . وأما مجيء الشهود^(٥) إلى القاضي وشهادتهما عليه بالنكول فلأن هذا حق يلزم المدعى عليه^(٦) للدعى من إقامة البيئة عليه^(٧) عند القاضي بمحض من الوكيل الذي قام^(٨) مقام الخصم كما قلنا في سائر الحقوق . وفي هذه المسائل التي ذكرناها إن القاضي يتولى بعضها هو وبعضها ينوب // [ل ٦٧ أ] الوكيل عنه منابه . ووجه آخر وهو المعتمد ، أن كل ما يجوز فيه إنفاذ الحكم على المريض وإلزامه حق المدعى فإن القاضي يتولاه^(٩) بنفسه لأن الأمين ليس بمحاكم . فاليمين ليس فيها إنفاذ الحكم وإلزام المطلوب أو الطالب شيئاً ، وإنما هو إسقاط الخصومة في الحال عن المدعى عليه . ألا ترى أن المدعى متى جاء بالبيئة قبلت بيئته على المدعى عليه ؟ ولو كان في اليمين على المدعى عليه إنفاذ الحكم لم تقبل بيئة المدعى // [ف ٥١ أ] بعد إمضاء الحكم كما لا تقبل بيئة المدعى عليه بعد إمضاء الحكم ببيئة المدعى أو بنكول المدعى عليه عن اليمين . فإذا كان كذلك^(١٠) بأن لك الفرق^(١١) بين اليمين وبين إمضاء^(١٢) الحكم بالنكول والقضاء^(١٣) بالبيئة . وحكم المرأة التي لا تخرج في الحوائج ولا تبرز للناس ومجالس الأحكام حكم^(١٤) المريض الذي يئناه . والأصل في هذا ما روى عن النبي عليه السلام في حديث العسيفي « وأعد يا أنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فأرجها »^(١٥) ، ولم يأمر بإحضارها ،

(٥) كذا في الأصل ، والصواب : القاضيان .

(٦) ساقط من ف ، ج . (٧) ساقط من ل .

(٨) في الأصل : يقول هو . (٩) ف : فإنه الفصل .

(١٠) ساقط من ف . (١١) ل : إذا .

(١٢) ل : فبكم . (١٣) انظر لقطة 261 ملاحظة ٩ .

فدل على أن^(١٤) المرأة تعذر في التخلف عن مجالس الأحكام . فإن قيل بأن النبي عليه السلام قد أمر بإفناذ الحكم عليها وأنت لا تقول مثله في الأمين قيل له : كذا تقول في الأمين ، إذا كان القاضي قد جعل إليه الحكم^(١٥) والقاضي ممن يجعل إليه^(١٦) تولية القضاء صح بتوليته^(١٧) .

مسئلة

270

{ والقاضي إذا جاء إليه المستعدي وقال : إن الخصم قد امتنع من الحضور ، أعطاه غائباً أو كتاباً } - أى ذلك فعل فهو جائز لأن القصد في ذلك إعلام المستعدي عليه بدعوة القاضي له إلى مجلته .^(١) وقد روى مثل هذا عن^(٢) علي رضي الله عنه^(٣) أن امرأة الوليد بن عقبة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستعدي على زوجها فأعدها لجات فقالت : أبي أن^(٤) يحجى معي ، فأعطاهها هدية من ثوبه كهيئة العددي ، لجات به^(٥) . وقد روى عن^(٦) غير واحد من^(٧) السلف نحو ذلك^(٨) في إعطائه الخاتم . لا نعرف خلافاً بين الناس في هذا . فإذا كان^(٩) كذلك قلنا : إن القاضي يعطى^(١٠) الخاتم إلى المستعدي^(١١) ويقول له :^(١٢) أرى الخاتم^(١٣) وأدعته إلى^(١٤) وأشهد عليه إن أبي الحضور . { فإن أرى المدعى^(١٥) المدعى عليه الخاتم وقال : هذا خاتم القاضي^(١٦) فأحضر معي إليه يوم كذا ، وأشهد عليه // [ل ٦٧ ب] بذلك ، فإن قال : لا أحضر ،

(١٤) ساقط من ل . (١٥) ل : أن يسكن .

(١٦) ف : ولاية الأحكام .

(١) ف : ، الأصل فيه حديث . (٢) ساقط من ل .

(٣) أنظرقرة 282 أملاء . (٤) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ل . (٦) ف : يدفع .

(٧) مزيد في ل هنا : عليه . (٨) ساقط من ف .

(٩) ساقط من ف . (١٠) هذه الكلمة غير مطروقة في ل .

وشهد بذلك عند^(١١) القاضى شاهدان مستوران لم يسأل عنهما وكتب إلى
الوالى فى إحضاره . فإذا أحضره وشهد الشهود فى وجهه رد الحاقم وامتناعه
من الحضور حبسه القاضى بذلك على قدر^(١٢) ما يرى تأديباً له { . أما وجوب
الشهادة على رد الحاقم فلأن قول المدعى غير مقبول عليه فلا بد من إثبات
ذلك بالبينه . وأما السؤال والتوقف فى تركيتهما فإنما لم يجب^(١٣) ذلك على
القاضى لأنه ليس فى هذا إنفاذ الحكم على إنسان وإنما هو تأديب للمستعدي
عليه ، فصار كشهادتهما بكونه^(١٤) داعراً^(١٥) أو بشيء مما يجب على القاضى
أن يجره عنه . وللقاضى أن يسمع منهما إذا كانا مستورين . ألا ترى أن
أبا حنيفة قد أجاز حبس المشهود عليه بشهادة الواحد إذا كان عدلاً؟ وإن كان
الحبس فيه ضرب من التعزير كذلك هذا . وأما كتابه^(١٦) إلى والى
ياحضاره فهذا إذا لم يكن مع القاضى من يقدر // [ف ٥١ ب] على إحضاره
لأن ذلك من عمل التمسر ، وصاحب الشرطة^(١٧) يقوم به^(١٨) . أما إن
قدر القاضى بأصحابه^(١٩) على فعل ذلك جاز . كذا قال الشيخ^(٢٠) . وأما قوله :
شهد الشهود فى وجهه بذلك ، فلأن الشهادة لا تُسمع على غير خصم ، فينبغى
أن يكون للشهود عليه حاضراً فى حال إقامة الشهادة عليه . وأما حبسه فلأنه
قد أتى منكراً حيث امتنع من إنفاذ حكم الله عليه^(٢١) والانقياد لطاعة الإمام
فللوالى^(٢٢) أن يؤدبه ويجره عنه .

-
- | | |
|---------------------|-------------------|
| (١١) ساقط من ل . | (١٢) ساقط من ل . |
| (١٣) ف ، ج ، يجوز . | (١٤) ل : ينكوه . |
| (١٥) أى فاسقاً . | (١٦) ل : البينة . |
| (١٧) ف : الشرطة . | (١٨) ل : مقامه . |
| (١٩) ساقط من ل . | (٢٠) على هامش ل . |
| (٢١) ف : للامام . | |

271 قال ^(١) : { وكذلك إن أراه الخاتم وأشهد عليه أنه يدعوه إلى القاضى وقت كذا ^(٢) فسكب ولم يقل : إني أحضر ، أو : لا أحضر ، إلا أنه لم يحضر فى الوقت الذى وقت به أو قال : نعم أحضر ، ثم لم يحضر ، فهو واحد . إلا أن الأول أغلظ وأشد امتناعاً فهو أولى بالتأديب { لأن فى ذلك ^(٣) امتناعاً ظاهراً ^(٤) وهذا امتناع غنى .

فصل

272

{ ولو كان المستمدى عليه قد توارى عن المدعى وادعى المدعى ^(١) // [ل ١٦٨] أنه فى منزله وليس يحضر معه فإن القاضى يكتب إلى الوالى فى إحضاره . فإن قال الوالى : كم أظفر به ، وسأل الطالب النعم عليه فإن القاضى ^(٢) يكاف النعم ^(٣) أن يأتى بشاهدين يشهدان ^(٤) أنه فى منزله { لأن النعم عليه بمنزلة الحبس فلا يقبل ^(٥) قول المدعى عليه حتى يقيم بينة على دعواه أنه فى المنزل ^(٦) . { فإذا جاء بينة سألها القاضى : من أين علمت ذلك ؟ فإن قالوا : رأيناه اليوم أو أمس أو من ^(٧) ثلاثة أيام فإن القاضى يقبل ذلك ويأمر بالنعم عليه { لأنه قد استحق الحبس حيث امتنع من الحضور وهو قادر عليه فيختم على بابه ويجعل منزله حبساً له ^(٨) .

273 قال : { وإن كانت الرؤية قد تقادمت لم يقبل ذلك منه إلا أن يكون

271 (١) ل ف ، ج فقط .

(٢) ساقط من ل .

(٣) فى الأصل : امتناع ظاهر .

272 (١) ساقط من ف .

(٢) ف : بكمله .

(٣) ساقط من ف .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ف .

المدعى لم يُمكنه التقدّم إلى القاضى لأن القرعة لم تدركه فُأخسّر^(١) إلى الوقت^(٢) الذى يكون فيه قرعته فيُقبل ذلك منه فى مقدار القرعة ويختم عليه { . وذلك أنه^(٣) إذا تقدم احتمل أن يكون التفريط فى التأخير من جهة الطالب دون المطلوب ، وأن المطلوب ليس هو فى بيته هذا الوقت لأن الرجل إذا رأى رجلاً فى بيته منذ شهر لا يحكم عليه^(٤) أنه لم يخرج من البيت ويقعد فيه شهراً ، إذ كان هذا غير متعارف فى عرف الناس . فإذا كان^(٥) كذلك ، من أن^(٦) الظاهر من عرف الناس أن لا يقعد الإنسان مدة طويلة فى البيت ومن عادتهم القعود ساعة ويوماً^(٧) ، جعلوا الوقت الفاصل بين القليل والكثير ثلاثة أيام . فإذا شهدوا عليه برويتهم إياه فى البيت منذ ثلاثة أيام حكم بكونه فى البيت . فإذا كان أكثر من ذلك لم يحكم عليه إلا أن يكون التقدم^(٨) من جهة القرعة كان قد كسب^(٩) يخرج فى الثلاثة وإنما خرج بعد خمسة أو أكثر من ذلك قُبِلت بيته فى مقدار [ف ٥٢ أ] مدة القرعة لأنه لم يُفْرِط المدعى^(١٠) فى التقدم إلى القاضى وإنما الامتناع كان من جهة القاضى فى إخراج القرعة ، فلا يردّ شهادة شهوده .

فصل

274

{ فإن أقام المدعى بيته على كونه فى البيت ، ختم على الباب ، فأقام فى منزله والتأخّر على الباب ، فقال المدعى للقاضى : [ل ٦٨ ب] إنه لا يحضر وقد

-
- 273 (١) ف ، ج ، ليؤخر .
 (٢) ساقط من ل .
 (٣) ساقط من ف .
 (٤) ساقط من ف .
 (٥) لى لى فقط .
 (٦) فى الأصل : فى يوم .
 (٧) ساقط من ل . وهو بمعنى هجر . ولج : عسى .
 (٨) ساقط من ف .

جلس في منزله فأعذرنى عليه وانصب له وكيلا واسمع من ^(١) شهودى عليه ، فقال أبو يوسف : إني أبعث رسولا ومعه شاهدان فينادى الرسول يبابه بمحضرة الشاهدين : يا فلان ابن فلان إن القاضى فلان بن فلان يقول لك أحضر مع خصمك فلان بن فلان مجلس الحكم وإلا نَصَب لك ^(٢) وكيلا وقُبلت بيته عليك . فإذا نادى مناديه ثلاثة أيام يأتى بابه ^(٣) كل يوم فينادى ^(٤) ثلاث مرات ، فإن لم يحضر وشهد الشهود هند القاضى بذلك ^(٥) نصب له وكيلا فسمع ^(٦) من شهود المدعى عليه وأمضى الحكم عليه بمحضر من وكيله . ^(٧) وقال غير أبى يوسف { — ولم يُبين من كان — } : لا أرى أن أنصب له وكيلا ولا أحكم عليه حتى يحضر ^(٨) { أما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن هذا لما امتنع من الحضور إلى مجلس الحكم فعلى القاضى أن يوصل المدعى إلى حقه لأنه منصوب لهذا ، فينصب له وكيلا بعد إقامة العذر على ما بينا ويحكم عليه لتلا بضيغ حق المدعى كما قال في الحجر إذا امتنع من قضاء الدين — إن القاضى يبيع عليه ماله ويؤدى دين الفرياء ^(٩) ، كذلك هذا . وأما غير أبى يوسف فجعله بمنزلة الغائب . فسكا لا يقضى على الغائب بنير محضر منه كذلك هذا لأنه غير محجور بالحتم والقعود في بيته .

276 ^(١) قال : { وقال أبو يوسف في كتاب أدب القاضى : لو أن رجلا أتى بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ بحق له على رجل فلم يحضر المطلوب مع الطالب وأشهد عليه شاهدان فلم يحضر ولم يوكّل ، إني أقبل كتاب القاضى والبيئة

274 (١) ساقط من ف .

(٢) حافظ من ف .

(٣) ف : به .

(٤) ساقط من ف .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ل : واسمع من ثم يسمع .

(٧) ف . وأما هند أبى يوسف فلاشئ لا يرى أن يحكم عليه حتى يحضر . ولى ج :

وأما هند أبى حنيفة فإنه لا يرى أن يحكم عليه حتى يحضر .

(٨) ف : الفرياء .

عليه وأنفذ القضاء عليه { . وهذا أيضا مثل الأول على ما بينا في الفصل الأول من قوله ^(١) .

مسألة

270

قال : وإن تقدم رجل إلى القاضي فادعى على رجل غائب حقا وهو غائب حقا وهو غائب عن المصّر وسأل إحضاره والكتاب ^(١) إلى الوالي في إشغافه // [٦٩] فإن كان بين الموضع الذي فيه المدعى عليه وبين المصّر من المسافة مقدار ما يأتي الرجل مجلس القاضي ثم يروح من ^(٢) يومه فيبيت في منزله أعداه عليه ، ^(٣) وإن كانت المسافة أكثر من ذلك لم يُعَدَّ عليه حتى يقيم الطالب شاهدين أن له عليه حقا وينسب أن ذلك الحق إلى ما يستحق به القاضي إحضاره ^(٤) . { وذلك أن المسافة التي قدرها ما يندو الرجل من منزله ويروح إليه في يومه حكمها حكم المصّر ، مثل أن يكون في محلة أخرى . فأما إذا كانت أكثر فإن ذلك ككونه في مصّر آخر فلا يُعَدَّى ^(٥) عليه ، ولكن يستمدى إلى قاضي ذلك المصّر حتى يقيم بينة أن له حقا .

277 باب من لا يسأل عنه من الشهود

قال أبو بكر : { قال إسماعيل بن حماد : الشهود الذين لا أسأل عنهم شاهدا رد ^(١) الطينة } - وقد بينا هذه المسئلة فيما تقدم - { وشاهدا تعدل العلانية } - يعني إذا زُكيت الشهود في السر عند القاضي بشاهدي عدل عدل يسأل عنهما // [ف ٥٢ ب] في العلانية ، فإذا شهد شاهدان ظاهرهما سترو صلاح حكم بدلة شاهدي الأصل ، فلا يحتاج أن يسأل شاهدي

276 (١) ف : والباب . (٢) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ف ، ج . (٤) ل : يحدا .

277 (١) ف : وإذا ج أراد .

العلائية من العدالة - { وشاهد^(٢) الغربية يدهو^(٣) به القاضى على غير قرعة } -
يعنى إذا ادعى رجل على رجل حقا، وادعى أنه مسافر، فطلب من القاضى
سماع بيئته بغير قرعة، فإن القاضى يطلب منه شاهدين على دعواه أنه مسافر،
فإذا شهد بذلك رجسلا مستورا في الظاهر فُسِّلَ منهما ولا يسأل عن
تعديلهما - { وشاهد^(٤) الأشخاص } يعنى أن يستعدى الرجل على الرجل
يريد إقصاءه إلى المجلس، والمستعدى عليه غائب عن المصر، فطلب القاضى
منه إقامة البيئته بالحق الذى يدهيه قبله^(٥)، فإن القاضى لا يسأل عن تعديلهما.
^(٦) وهذه هى مسألة آخر الباب الذى قبل هذا. ذكر الخصاص هذه المسائل
الأربع^(٧) من اسماعيل ولم يَحْزُزْهُ إلى غيره من أصحابنا. ثم قال: { وقال
ابن سماعة: أما أنا فأسأل عن شاهدى رد^(٨) الطينة وعن شاهدى الأشخاص }.
أما شاهدا تعديل العلائية وشاهدا الغربية^(٩) ليدهو به إلى القاضى على غير
قرعة^(١٠) فلا خلاف فيهما على ما حكاه الخصاص أنه لا يسأل عن تعديلهما.
والوجه في ذلك // [ل ٣٩ ب] أنه ليس فيه إيجاب الحكم على أحد لأن
هدالة شهود الأصل قد ثبتت بشهادة المذكورين في السر، وإنما يستظهر^(١١) القاضى
ويسأل في العلائية أيضا إعلاما^(١٢) للناس بتركيب الشهود في السر والعلائية.
وكذلك شاهدا الغربية مثل هذا لأنه ليس فيها إبطال حق الحاضرين لأن للقاضى
أن يقدم المسافر أن غيره من المقيمين إذا رأى ذلك. وإذا كان له أن يفعله
بغير شهود لم^(١٣) يلزمه تعديل الشهود إذا شهدوا بكونه مسافرا. وأما شاهدا

(٢) ف : وهامدا .

(٣) ل : ليدهوا .

(٥) ل : قبل .

الخصاص .

(٧) ف : زاد .

ولل الصواب : ليدهو نهما القاضى

(٩) بمعنى : يحاط .

(١١) ل : ولم .

(٤) ل الأصل : وهامدى .

(٦) ف : وهذه المسائل التى ذكرها

(٨) ساقط من ف . والمضى غير واضح ،

(١٠) ل : اعددها .

رد^(١٣) الطينة وشاهدا الإشخاص فإن إسماعيل شبههما بما قدمنا لأنه ليس فيها إنفاذ الحكم على أحد . وابن سماعة فرّق بينهما لأن في شاعدي رد^(١٤) الطينة إيجاب الحبس على الراد . فصار كسائر الحقوق التي يلزمها القاضي المشهود عليه بشهادة الشهود ، فلا بد من تعديل الشهود على ذلك . وكذلك شاهدا الإشخاص لأن في ذلك إيجاب الحضور على الشخص^(١٥) إذا لم يكن قد لزمه ذلك إلا بشهادتهما أن^(١٥) للنهي عليه حقا . فذلك قال : إنه لا بد من تعديلهما . وهذا الذي قاله ابن سماعة أحسن عندي^(١٦) .

مسئلة^(١٦)

278

وأما المجوم على النصوصم إذا توارى الرجل في منزله وتبين ذلك القاضي بنير شهادة الشهود أنه في منزله فإنه قد رواه بعض أصحابنا ، وقال : يوجه القاضي رجلين من يثق بهما ومعهما جماعة من النساء والخدم ومعهم الأعوان فيكون الأعوان بالباب وحول الدار ، ويدخل النساء والخدم ويتنهي حرم المطلوب ، فيفتقونه ، فإن أصابوه أخرجه إلى القاضي . قال : والمجوم إنما يكون أن يؤتى منزل المطلوب بنسة وهم لا يعلمون حتى يهجموا على منزله فيدخلون من غير استئذان . يدخل النساء أولا حتى يصيروا^(١٧) في الدار حيث يرون من فيها وأن يروا^(١٨) حرم المطلوب حتى يُنحوا^(١٩) ، ثم يدخل

(١٢) ف : زاد .

(١٤) ل : الأخصاس .

(١٦) ساقط من ف .

(١٣) ف : زاد .

(١٥) ساقط من ل .

278 (١) هذه المسئلة في ل فقط ، ولعل موضعها الصحيح في آخر الباب السابق . ومؤداه ورد في مختصر هذا الكتاب قبل البحث في المسئلة من الشهود . أنظر غلطه فاتح ٢٢٦٩ ورقة ١٥ أ .

(٢) كذا في ل ، والصواب : يصرن . (٣) كذا في ل ، والصواب : يرين .

(٤) كذا في ل ، والصواب : ينحين .

الرجال بعد ذلك { . الأصل في جواز الهجوم على الخصوم ما روى عن علي وعمر رضي الله عنهما أنهما فعلا // [ل ١٧٠] ذلك ولأنه لما اتفق الجميع على أنه لو راوا مشكرا في دار رجل جاز للناس أن يهجموا عليه وينهبوا ذلك المنكر ، كذلك إذا امتنع أحد الخصم من إلزام الحق جاز للقاضي أن يهجم عليه ويستوفي منه حق المدعى ويمتنع من الظلم الذي يظلم على المدعى .

279 باب الحبس في الدين وعقوبته^(١)

الأصل في هذا الباب ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال :
 «لِيُؤْجَدَ يُحِلَّ عَرْضَهُ وَعُقُوبَتُهُ»^(٢) ، وفي بعض الأخبار «مطل
 الواحد ظلم يُحِلَّ عَرْضَهُ وَعُقُوبَتُهُ»^(٣) والعقوبة هي الحبس . وكذا روى
 عن السلف . وروى يهز بن حكيم // [ف ٥٧ أ] عن أنس عن جده أن^(٤)
 النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة^(٥) . وروى سلام^(٦) بن مسكين
 عن الحسن أن أناسا من الحجاز اقتتلوا فقتل بينهم قتيل ، فبعث إليهم رسول
 الله صلى الله عليه وسلم لحبسهم^(٧) . وروى اسماعيل بن رجاء ، عن أبي محمد
 أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا من بجيلة أعتق شقنصا له في ملوك
 حتى باع فيه^(٨) غنيمة له^(٩) . فهذه الأخبار تدل على صحة ما ذكرناه
 «في حبس^(١٠) المطلوب بالحق . وروى أن علي ابن طالب «كان له^(١١)

279 (١) ل ل لقط . (٢) بخاري ، اسطرخا ١٣ .

(٣) لم يرد في ولسنك . (٤) ل : هن .

(٥) أنظر أبا داود ، ١ قضية ، ٢٩ ل : سلامة أنظر ميزان الاعتدال

القاضي ، ج ٢ ، ص ١٨٦ .

(٦) ساقط من ل . هذا الحديث لم يرد في ولسنك .

(٧) هذا الحديث لم يرد في ولسنك . (٨) ل : كعبه .

(٩) ساقط من ل . (١٠) ساقط من ل .

حبس في البصرة يحبس فيه الخضم سماه نافسا ، ولم يكن وثيقا فاحتالوا عليه
وخرجوا منه وهربوا^(١٢) فبنى حبسا آخر وسماه تحبسا^(١٣) . وذكر في
ذلك أحيانا فقال :

بنيت بعد نافع غيبا حصنا وأمينا كديسا ألا تاني كبسا مكبسا^(١٤)

280 "ومن جهة النظر أن" القاضى منصوب لإيصال ذوى الحقوق
إلى حقوقهم ، فإذا امتنع المطلوب من أداء حق الطالب لم يكن بد للقاضى من
أن يجبره على أداء حق الطالب . ولا خلاف بين الناس ألا يجبر عليه^(١٥)
بالضرب ، فيبغى أن يجبر عليه بالحبس .

281 قال "أبو بكر" الخصاص : { وإذا قدم رجل رجل إلى القاضى
فثبت عليه مال إما بإقرار أو بينة وطلب حبسه فإن القاضى يتأني في حبسه
له^(١٦) ولا يسجل ويأمره بالخروج إليه من حقه فإن لم يفعل وأعادته إليه
يريد حبسه فإن القاضى يحبسه ويكتب له حبسه في ديوانه : حبس فلان بن
فلان لفلان بن فلان بكذا وكذا درهما يوم كذا وكذا من شهر // [ل ٧٠ ب]
كذا وكذا من سنة كذا { . "أما تأني" القاضى في حبسه وترك العجلة فيه
فلأنه إذا أحله بما يريد أن^(١٧) يمضى عليه "من الحبس أو" غيره ليؤدى حق
الطالب قبل أن يحبس^(١٨) كان أحسن^(١٩) من أن يبادر بحبسه قبل كل شيء .

(١٢) ساقط من ل . (١٣) ف : حبسا .

(١٤) ف : اني بنيت بعد نافع عيبا ، حصنا حصينا وأمينا كيبا ، ألا ترى أنى كيبس
كبسا . انظر لسان العرب تحت مادة كبس ، ونيس .

280 (١) : ل : ولأن . (٢) ساقط من ف .

281 (١) : ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .

(٣) : ل : ولما تأني . (٤) ل : إنما .

(٥) : ساقط من ف . (٦) ساقط من ف .

فلهذا قلنا إنه ينبغي أن يتأني في ذلك ويعرفه القضية ، فإن لم يؤد الحق بعد إعلانه ذلك حينئذ حبسه . وكما قلنا في التكرول إنه لا يحكم عليه حتى يعلم بحكمه ويعرض عليه التبين ثلاث مرات ثم يحكم عليه بالتكرول . وأما فائدة كتابة مقدار الدين وما وقع به الحبس واسم المحبوس والمحبوس له فلاه إذا لم يكتب ذلك يجوز أن يسمى واحد ويؤدى مقداراً من الدين ويسمى إلى القاضى ويدهى خلاص واحد قد حبس بمجرم عظيم فيطلق ذلك الرجل هذا . فلا بد للقاضى من أن يبين كل محبوس بما حبس به حتى إذا برى من ذلك الحق أطلق عليه ، فلا يختلط بغيره من المحبوسين . وكذلك اسم المحبوس والمحبوس^(٧) له لهذا المعنى ، لأن المحبوس إذا لم يعرف اسمه^(٨) لا يدري بأى شئ^(٩) ينبغي أن يطلق إذا^(١٠) كان يجوز // [ف ٣٥ ب] أن يكون قد حبس في^(١١) غير^(١٢) هذا الحق^(١٣) . فلو اقتصر على اسم الطالب دون المطلوب^(١٤) المحبوس لم يأمن أن يؤدى غير محبوس الطالب دينا فيطلق غير الذى أدى الدين ، فلا بد من أن يكتب اسم المحبوس لتلا بتيسر إلى القاضى إطلاقه^(١٥) . واسم الطالب هذا أيضاً لأنه لو اقتصر على اسم المحبوس لم يدرك متى يستحق إطلاقه ، ولعل هذا المحبوس محبوس بحق آخر لغير الطالب أيضاً . فإذا كتب اسم المحبوس له ، وهو الطالب ، يكتب أنه لم يحبس بغير حق هذا الطالب . فإذا أدى حق الطالب يطلق . وأما ذكر التاريخ في وقت الحبس فلاه يحتاج أن يعد الأيام من وقت الحبس حتى إذا مضى قدر أربعة أشهر أو نحوه ، على ما يرى القاضى ، ولم يسب له غناؤه أخرجه القاضى من الحبس وحكم عليه بالإفلاس إن كان ممن يرى ذلك وإن كان ممن لا يرى ذلك الإفلاس

(٧) مزيد خطأ في ل هنا : فلو اقتصر على اسم .

(٨) ف : لا يؤمن أن يأتي بهى . (٩) ل : إذا .

(١٠) ساقط من ل . (١١) ساقط من ف .

(١٢) مزيد في ل هنا : طالب هذا المحبوس .

(١٣) في ف فقط . (١٤) ساقط من ف ؛

فلا بد من إخراجهم من الحبس إذا بان له^(١٥) أنه غير غني . // [ل ١٧١] .

282 قال الخصاص : { والصواب عندنا^(١٦) — والله أعلم — ألا يحبس حتى يسأله : ألك مال ؟ فإن أقر أن له مالا حبسه^(١٧) ، وإن قال : لا مال لي ، قال للطالب : ثبت أن له مالا حتى أحبسه } . قال : { وهذا قول بعض أصحابنا } — ولم يعمد إلى واحد بعينه . قال : { وقول أبي حنيفة وأبي يوسف وعمر والحسن بن زياد أن القاضي يحبس حتى يتبين صدقه فيما بينه وبين أدبه أشهر . فيما رواه محمد بن الحسن . وفي رواية الحسن بن زياد : ما بينه وبين ستة أشهر ، ثم يسأل عنه } .

283 قال الشيخ : الذي قال الخصاص — أنه لا ينبغي أن يحبس حتى يسأل — لا يعرف عن أصحابنا . والمشهور من مذهبهم أن يحبس المطلوب قبل مسألة الناس عن إفلاسه وغناه^(١٨) ، وليس على الطالب أن يثبت غناه حتى يحبس ، لأن المطلوب إذا دخل مع الطالب في^(١٩) عقد المدائنة فالظاهر أن ما أخذه من البذل أو المبدل في يده حتى يتبين لنا^(٢٠) أنه قد خرج من ملكه . فإذا كان كذلك يحكم عليه بكونه قادراً على قضاء الدين حتى يظهر لنا خلاف ذلك . قال الشيخ : ولا فرق بين هذا الدين الذي ثبت من جهة عقد المعاوضة أو القرض أو النصب وبين الذي يلزمه من مهر المرأة والكفالة عند أصحابنا . والذي قال الخصاص من الفرق بين المهر^(٢١) والكفالة وبين الدين^(٢٢) الذي ثبت من هذه الوجوه التي ذكرنا لا يعرف عن أصحابنا . وذلك أن

(١٥) ساقط من ل .

(١٦) ل : حبس

282 (١) ساقط من ف .

(١٧) ساقط من ل .

283 (١) ساقط من ل .

(١٨) ساقط من ب .

(٢) ل : له .

(١٩) ساقط من ب .

الزوج وإن لم يحصل له بدل مال ، وكذلك الكفيل إن لم يحصل له ، فإن دخولها في هذا العقد والتزامها "هذا الدين" اعتراف منهما بقدرتهما على قضاء ما قد لزمهما ، فصار كسائر الديون في باب وجوب الحبس ، إذ الظاهر أنه قادر على القضاء حتى يظهر لنا خلافه . وفرّق الخصاص بين المهر والكفالة //

[ف ٤٤ أ] وبين سائر الديون : فإن المطلوب هاهنا لم يحصل له ما يقضى به حق الطالب ، فالظاهر أنه غير قادر على قضاؤه . وفي سائر المسائل قد حصل له ما يؤدي به حق الطالب لأنه إن كان عقد مبادلة فالبدل أو المبدل //

[ل ٧١ ب] في يده في الظاهر من أمر الناس . وإن كان الدين من غصب أو قرض فهو أبين لأن الظاهر أن المغيصوب أو المستقرض في يده فعليه قضاؤه إلى صاحبه . وقال في آخر الباب مسألة في حجر المفلس ، وفرق أيضاً بين المهر والكفالة وسائر الديون وعزاها إلى محمد ، وقول من قال إن الظاهر أنه مفلس لأن الأصل الإفلاس فاسد ، لأننا لم ندع أن الأصل في الناس التقى ، وإنما قلنا إن الأصل أن^(١) المتعاضين إذا عقدا عقد معاوضة فالظاهر أن كل واحد منهما قد حصل له المعوض أو المعوض عنه في يده ، فلا يحكم عليه بزياله إلا بدلالة .

284 وأما تقديره بأربعة أشهر على رواية محمد^(٢) وستة أشهر على رواية الحسن فهو على حسب ما يرى القاضى من مدة ظهور الإفلاس . وقد قال في غير هذا الموضع : شهرين — ثلاثة ، لأن التقى يجوز أن يعد على نفسه أهلاً بسيرة ويتحمل المشقة في الحبس ولا يظهر غناه لقرض ما ، فأما إذا طالّت المدة فليس الظاهر من أمر الناس أن يتحمل الإنسان التقى المشقة على نفسه

(٦) ف : ه .

(٨) ل : ق .

(٧) ساقط من ف .

284 (١) ساقط من ف .

مدة طويلة . ولو وقع واحد على هذا الوصف يكون نادراً شاذاً غير معتاد من عصرف الناس . فذلك قالوا إنه يلغى أن 'يُحْبَسَ' شهوراً حتى يتبين أمره ويسأل جيرانه الثقات وأهل الخبرة^(٣) به عن أمره . فإذا قالوا : ما له مال تعلمه ولنا لتعلم عسرتة وضيق معاشه ، فليُسَّه القاضى وأخرجه من الحبس ، ولم يُتَّسَلْ بينه وبين خصمه . فإن أراد خصمه ملازمته خلاً . أما إطلاقة من الحبس بعد ما ظهر للقاضى إفلاسه فلا تبه غير قادر على قضاء الدين ولا هو مأمور بقضاء الدين مع العجز عنه . قال الله تعالى ﴿ لا يكلف الله نفساً إلا وسعها ﴾^(٤) وقال ﴿ إلا ما أتاهم سيجمل الله بعد عسر يسراً ﴾^(٥) وقال ﴿ فنظرة إلى ميسرة ﴾^(٦) .^(٧) وقال الشيخ : يعنى أن لا يحبس ، لا أنه لا يُتَّسَلْ بينه وبين خصمه في الملازمة بدلالة قوله عليه السلام لصاحب الحق اليد واللسان^(٨) ، واليد الملازمة . وعن كلى مثل ما قلناه^(٩) .

285 وأما الملازمة فإنما لم يمنعه منه لأن نفس الإحصار لا يوجب سقوط^(١٠) الحق من المطالب . بذلك عليه قول // [ل ٧٢ أ] النبي صلى الله عليه وسلم من أنظر معسراً أو وضع عنه أظلمه الله في ظل العرش^(١١) . فالدلالة في هذا من وجهين ، أحدهما^(١٢) أن الخبر^(١٣) يدل على صحة ما ذكرناه من بقاء حق الطالب على المطالب بقوله^(١٤) « من أنظر معسراً » . فلو كان الإحصار

(٢) ساقط من ل .

(٣) ل : من .

(٤) سورة البقرة ، ٧ : ٢٨٦ .

(٥) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٧ .

(٦) سورة البقرة ، ٢ : ٢٨٠ .

(٧) هذا الحديث لم يرد في ولسنك . (٨) ساقط من ف .

(٩) 285 ف : ساقط .

(١٠) في ابن حنبل « من أنظر ... في ظل عرشه يوم القيامة » ، ج ١ ، ص ٣٢٧ .

(١١) ساقط من ل . (١٢) ف : من قوله .

فهو مستطال الحق^(٥) الطالب لم يحتاج المعسر إلى إنظار الطالب لأنه كان [ف]وب
يكون بريئاً من حقه أنظره^(٦) أو لم ينظره^(٧) . فباحث الناس على إنظار
المطلوبين في حال إعصارهم دل على بقاء الحق مع الإعصار . والوجه الثاني قوله
«أو وضع عنه» . ولو كان الحق قد سقط بالإعصار استحال^(٨) «وضع الحق»
عنه بعد ذلك ، إذ الحق قد سقط عنه^(٩) بالإعصار أيضاً^(١٠) . وأيضاً^(١١) ما بيناه
من قوله^(١٢) عليه السلام «لصاحب الحق اليد واللسان» واليد الملازمة . وهذا
عموم في حال اليسار والإعصار . وقد روى عن عليّ مثل هذا الذي قلناه من
الملازمة في حال الإعصار وإطلاقه من الحبس - رواه اسماعيل بن إبراهيم
ابن مهاجر عن^(١٣) عبد الملك بن عمر قال : كان عليّ إذا أتاه رجل يرجل فقال :
إن لي^(١٤) عليه ديناً : قال الله مال ؟ إن كان له مال أخذناه بذلك . فإن قال :
نعم ولكنه قد ألجأ^(١٥) ، قال له : أقم بينة بذلك^(١٦) وإلا سحلف^(١٧) بالله ما ألجأه .
فإن قال : أحبس ، قال لا أعينك على ظله . قال : فإني ألزمه . قال : الزمه
وإن كنت ظالماً ولا أحول بينك وبينه . فأخبر^(١٨) أنه لا يحبس ليتبين^(١٩) له
الإفلاس . فإن لك بهذا أن مذهبه أن المفلس لا يحبس [وإن]^(٢٠) كان معرفة
الإفلاس مختلف فيه^(٢١) . هندا لا يعلم إلا بالحبس مدة مقدرة أو بإقامة بينة
على ذلك أو بإقرار الطالب به ، وعند غيرنا الأصل الإفلاس حتى يثبت الغنى .
ويستأن أنه وإن كان ظالماً في ملازمته فلا ينبغي للقاضي أن يحول بينه وبينه
لأن علياً رضي الله عنه لم يحسّل بينهما . فإن قيل قال الله تعالى ﴿ فنظره^(٢٢) »

(٦) ل : الوض .

(٥) ل : يؤخر حق .

(٨) ف : قال النبي .

(٧) ساقط من ل .

(١٠) ساقط من ف .

(٩) ساقط من ل .

(١٢) ل : كما لا حظ . ف : ولا احظ .

(١١) يحس : عصبه .

(١٣) ف : أن لا أحبه حتى يتبين .

(١٤) ل : ولذا . ف : ج : فإن . (١٥) ساقط من ل .

إلى ميسرة (١) فيبين أنه مُنظر بنفس الإعصار ، قيل له إن قوله (فتظرة إلى ميسرة) أمرٌ بالإظهار وليس هو حكماً بأنه مُنظر . فإذا كان كذلك لم يكن في الآية دليل على خلاف ما قلنا ، بل هو مؤكّد لما ذكرنا لأنه أمرٌ بالإظهار بعد الإعصار لحكم ببقاء حق الطالب مع الإعصار . وإذا كان كذلك لم يمنع من الملازمة .

286 قال : { وإن أحضر المدعى عليه بيته قبل هذا الوقت بالعدم فشهدوا عند القاضي بذلك قبيل القاضي ذلك وأخرجه من الحبس وفلسه } على ما وصفتُ لك (١) . وذلك (٢) أن في إقامة البيعة على صدمه حقاً المطلوب . والحكم بالإعدام مما يثبت في الأحكام . فإذا كان للإنسان فيه حق تقبيل بيته عليه كما قلنا في سائر الحقوق (٣) . فإن قيل إن الشهادة على النفي غير مقبولة وهذا المحبوس إنما أقام البيعة على أنه مُعَدِّم غير مالك لشيء من المال فينبغي أن لا تقبل الشهادة على النفي ، قيل له إن (٤) لفظ الشهادة لم يقع على النفي ، وإن حصل (٥) معنى النفي فلا يقدح ذلك في الشهادة كما (٦) أنهم لو شهدوا أنه غني كانت شهادتهم مقبولة وإن كان // [ف ه ه أ] في ذلك نفي الفقر لأن معنى النفي غير مقصود بالشهادة . كذلك ما ذكرنا .

286 (١) ساقط من ل . (٢) ل : وقال .

(٣) ل : هنا اسطراد كما يأتي ؟ وليس هنا كالمشهد عليه بالربا إذا ادعى أن أحد اليهود أكل الربا وأقام البيعة على ذلك لم تقبل بيته لأنه ليس كونه أكل الربا مما يثبت بالمحرمات وحكم الأحكام ، فلا تقبل البيعة عليه وإن ادعى به حقاً . ألا ترى أن رجلاً لو جاء إلى القاضي وقال إن القبا [هذا أكل] الربا وأنا أقسم عليه البيعة ، لم تقبل بيته عليه ولا يحكم بفسده ، ولو حبس رجلاً بدين لم ظهر للقاضي أنه منس محكم عليه بالإفلاس وبطلاله من الحبس ؟ فقد ظهر لك الفرق بينهما . وبأن الإعدام مما يثبت في الأحكام ، وكونه أكل الربا لا يقع عليه الحكم . فذلك قبلنا البيعة على الإعدام ولم تقبل على كونه أكل الربا .

(٤) ساقط من ل . (٥) ساقط من ف .

(٦) ل : ألا ترى .

قال الخصاف : { وإن حبسه القاضى وله أموال فامتنع من أدائه الحق الذى لزمه فإن أبا حنيفة قال : أدّعه فى الحبس ولا أيسع عليه ماله ولا أحجر^(١) عليه } . أما تركه فى الحبس فلأن على القاضى أن يجهز^(٢) عليه حتى يستوفى منه حق الطالب . وقد قلنا إنه لا خلاف بين الناس أن // [ل ٧٣ أ] لا يجبر عليه بالضرب فيلجئ أن يجهز عليه بالحبس . وقد بينا وجوب الحبس بالدين . وأما الحجر فإنما لم^(٣) يجهزه أبو حنيفة رضى الله عنه لأن عنده^(٤) الحجر على الحرّ البالغ باطل من قبل أن الحجر إنما يحتاج إليه لمنعه من الإقرار بالدين بعد ذلك ، وليس يجوز إبطال إقرار الحرّ البالغ العاقل الصحيح فيما لا تسقطه^(٥) الشبهة^(٦) كما لا يجوز إبطاله فيما تسقطه^(٧) الشبهة نحو الحدود وغيرها لأن الذى لا يسقط بالشبهة^(٨) آكد^(٩) فى باب اللزوم مما يسقط بالشبهة^(١٠) . فإذا كان الذى تسقطه الشبهة^(١١) يلزمه إذا كان حرّاً بالغا صحيحاً عاقلاً فى جميع الأحوال فالذى لا تسقطه الشبهة^(١٢) أخرى بالزوم . (١٠) وأما أبو يوسف وعبد فأنهما يجهزان الحجر عليه إذا أفلس ، يعنى أن يكون الدين مستغرقاً لماله فيكون مفلساً من هذه الجهة ولا [يريدان به]^(١٣) المفلس الذى [ليس]^(١٤) له مال أصلاً ، لأنه لا معنى لحجر ذلك إذ الحجر إنما هو

-
- | | |
|--------------------------------|---|
| 287 (١) كلمة غير مفروضة فى ل . | (٢) ف ، ج : يجهز . |
| (٣) ساقط من ل . | (٤) ساقط من ل . |
| (٥) ل : تسقط . | (٦) ل ، مطربة هنا لئلا تزيد : كما لا يجوز |
| العاقل فلا لا تسقط الشبهة . | |
| (٧) لا تسقط . | (٨) ساقط من ل . |
| (٩) ساقط من ل . | (١٠) من هنا إلى (١٨) ساقط من ف ، ج . |
| (١١) ل : يريد به . | (١٢) لا يستقيم المعنى بدون هذه الكلمة . |

[لمنه] (١٣) من التصرف في المال الذي قد حصل في يده حتى يستوفي الغرماء ديونهم . وأما إذا لم يكن في يده مال فلا معنى للحجر . فثبتنا هي في المقتضى المستغرق ماله بالدين وكان غنياً وامتنع من أداء الحق إلى الطالب يُباع عليه العقار وجميع أمواله فيقتضى ديونه ثم يخرج من الحبس . وأما عند أبي حنيفة فإن الغنى إذا امتنع من أداء الحق المطالب به [يحبس ويُعزل] (١٤) في السجن حتى يبيع ماله ويؤدى دين الطالب لأنه لا يرى الحجر ولا يجوز أن يُباع شيء من ماله بغير أمره . وعندهما : لما جاز الحجر عليه جاز أن تُباع عليه ويؤدى حق الطالب . ووجه قولهم الأخبار المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه باع على معاذ مالا وأدى دين التميم (١٥) . فالجواب إن هذا يُحتمل أنه أمر [لمعاذ] (١٦) يبيعه ، فباع معاذ فاضيف الفعل إلى النبي صلى الله عليه وسلم لأنه كان الأمر به . كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في قصة [سويد بن مقرن] (١٧) أنه أعتق مملوكه - وفي بعض الالفاظ أنه أمرهم بعتقه وذلك أنه كان لهم مملوك فطلعه واحد منهم ، فأمرهم النبي صلى الله عليه وسلم بعتقه ، فاضيف // [ل ٧٣ ب] [الفعل إلى النبي صلى الله عليه وسلم لأنه] كان أمرهم به . وكذا جميع ما روى في هذا من الأخبار (١٨) .

288 قال : { وقال أبو يوسف في رجل حبس "غريماً له" ثم غاب ، فسأل القاضي عن المحبوس فوجده مُعديراً ، قال : يأخذ منه كفيلاً ويغني سبيله } لأن القاضي إذا وقف على إعدامه لم يستحق المحبوس الحبس (١٩) كما أنه إذا علم برأه من حق الطالب لم يحجز للقاضي حبسه . كذلك هذا ، فعليه إطلاقه ،

(١٣) ل : ليس .

(١٤) لم يرد في وُسْطى .

(١٥) ل : مدمر مقرن . أنظر هذا الحديث في ابن خنبل ، ح ٣ ، ص ٤٤٧ .

(١٦) من ملاحظة (١٠) إلى هنا ساقط من ف ، ج .

(١٧) ف : حبسه .

288 (١) ف : غنياً بماله .

وَأَمَّا أَخَذَ الْكَفِيلَ فَلأنه لَا يَأْمَنُ أَنْ يَجِيءَ الطَّالِبُ^(١) وَيُدْهِى إِقَامَةَ الْبَيْتَةِ عَلَى أَنْ
لَهُ مَالًا يَقْدِرُ عَلَى تَأْدِيَةِ حَقِّهِ مِنْهُ^(٢) فَيُؤْخَذَ مِنْهُ كَفِيلٌ^(٣) لِحْتِيَاطِ الطَّالِبِ .
قِيلَ^(٤) لِلشَّيْخِ : فَنَ أَى وَجْهٍ يَعْلَمُ الْقَاضِي أَنَّهُ مُعَدِّمٌ ، أَلَيْسَ بَيْتُهُ ؟ قَالَ : نَعَمْ .
فَقِيلَ : فَيَقْبَلُ بَيْتَهُ عَلَى ذَلِكَ وَالطَّالِبُ غَائِبٌ ؟ قَالَ : نَعَمْ لِأنه لَيْسَ هُوَذَا يُثْبِتُ
عَلَى الطَّالِبِ شَيْئًا وَإِنَّمَا يَثْبِتُ فَقَرْنَفْسَهُ وَإِفْلَاسَهُ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَتَعَلَّقُ
بِالطَّالِبِ .

289 قَالَ : { وَقَالَ مُحَمَّدٌ إِذَا كَانَ الْغَرِيمُ مُقَرَّبًا بِمَا عَلَيْهِ فَأَرَادَ صَاحِبُ الْحَقِّ
مَلَازِمَتَهُ وَقَالَ الْغَرِيمُ : احْبِسْنِي ، فَلِلطَّالِبِ أَنْ يُلَازِمَهُ وَلَا يَحْبِسَهُ } . وَذَلِكَ
أَنْ الْحَبْسَ وَالْمَلَازِمَةَ جَمِيعًا^(١) حَقُّ الطَّالِبِ إِلَّا أَنْ أَحَدُهُمَا ، وَهُوَ الْحَبْسُ ،
أُغْلِظُ^(٢) وَالْآخَرُ أَخَفُّ ، فَلَهُ أَنْ يَمْدُلَ مِنَ الْأَغْلَظِ إِلَى الْأَخْفِ ، وَلَيْسَ
لِلْمَطْلُوبِ فِي ذَلِكَ^(٣) اخْتِيَارٌ لِأَنَّ الْحَقَّ عَلَيْهِ لَا لَهُ .

290 قَالَ : { وَقَالَ مُحَمَّدٌ : إِذَا جَاءَ الطَّالِبُ وَالْمَطْلُوبُ إِلَى الْقَاضِي فَقَالَ
الْمَطْلُوبُ : أَنَا مُفْلَسٌ وَمَعْنَى بَيْتِهِ تَشْهَدُ عَلَى أَنْ لَا شَيْءَ مَعِيَ ، فَإِنَّ الْقَاضِي
لَا يَسْمَعُ مِنْهُ } . قَالَ الشَّيْخُ : لِأَنَّا قَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الْإِفْلَاسَ لَا يَثْبِتُ إِلَّا بِالْحَبْسِ
وَالْامْتِحَانِ لِأنه يَحْجُوزُ أَنْ يَقْتَرِ عَلَى نَفْسِهِ وَلَا يَظْهَرُ غَنَاؤُهُ // [ف ه ب]
فَيُشْهَدُ الشُّهُودُ عَلَى مَا ظَهَرَ لَهُمْ مِنْ حَالِهِ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَسْمَعَ مِنَ الشُّهُودِ حَتَّى
يُحْبِسَ وَيَبْدِينَ حَالَهُ بِطُولِ الْأَيَّامِ . فَإِنْ جَاءَ حَيْثُذُ بَيْتِهِ تَشْهَدُ عَلَى إِعْدَامِهِ قَبْلَ
وَأِنْ لَمْ يَمْسِكْ فِي الْحَبْسِ مِقْدَارَ شَهْرَيْنِ^(١) أَوْ ثَلَاثَةِ^(٢) لِأنه يَحْجُوزُ أَنْ يَوْقِفَ عَلَى

(٤) سَأَطْلُ ل

(٢) سَأَطْلُ مِنْ ف

(٦) ل ه ج : قَالَ . وَفِي ف مَصْحُوفَةٌ إِلَى :

(٥) فِي الْأَصْلِ كَفِيلًا

قِيلَ .

(٧) سَأَطْلُ مِنْ ل

289 ل : أَيْضًا .

290 (١) سَأَطْلُ مِنْ ف

حاله بدون هذه المدة لأن هذا التقدير إنما هو على قدر اجتهاد القاضى وليس هو شئ لا يجوز عليه الزيادة ولا النقصان . قال : { وروى محمد أن أبا حنيفة كان يقول : أحببته شهرين ، ثلاثة ، { وهو قول محمد ، وهذا فى رواية هشام .

291 { وقال // [ل ١٧٤] فى المطلوب إذا مرض فى الحبس مرضاً أصناه فإن كان له خادم يخدمه لم أخرجه ، وإن لم يكن من يخدمه أخرجه ، وذلك لأنه إذا لم يكن له من يخدمه لم يجوز أن يترك هناك مريضاً على حال السوء فيتلف لأن الطالب لم يستحق عليه التلف . فإذا كان حبسه يؤدى إلى التلف أطلق . وأما إذا كان هناك من يخدمه أمين^(١) هذا المعنى لأن خدمته فى الحبس وفى البيت سواء . والموت إذا لحقه لم يلحقه من جهة الحبس والتقصير فى القيام بأمره . فلذلك لم يخل^(٢) منه .

292 { وقال محمد فى ملازمة المرأة : إن للطالب أن يلازمها^(١) بامرأة تحملها^(٢) مما { لأن^(٣) الرجل لا يجوز أن يخلو بها^(٤) .

293 { وقال محمد : إذا خضت^(١) من الرجل أن يفر من حبس القاضى^(٢) حوّلته إلى حبس اللصوص إن لم أخف عليه منهم { .^(٣) وذلك لأنه^(٤) إذا غاف منه الفرار صار هذا الحبس كالحبس ، فيلغى أن يحوّل إلى موضع وثيق يكون حبساً له . فإن كان يخاف عليه من اللصوص لم يحوّل إلى عديم

291 (١) ف : أمن منه . (٢) ل الأصل : يخل .

292 (١) يلازمها . (٢) ف : حبسها .

(٣) ف : الرجال يجوز أن يخلو بهم .

293 (١) ساقط من ف . (٢) ف : وكذلك أنه .

(٣) ف : يمس عليه .

لما بينا أن الطالب لم يستحق عليه تلفه بالحبس فلا يجوز أن 'يحبس' (٢) في موضع يخاف عليه إتلافه .

294 { وقال محمد : لا أمتنع من حبسته أن يدخل عليه جاريته الحبس فبطاها إن كان له هناك موضع { من قبل أن الحبس لا يوجب بطلان حقه في بعضه امرأته فلا يمنع منه كما لا يمنع من الأكل والشرب .

295 قال (١) : { ولا يفلسه الحاكم من مهر امرأته ولا من الكفالة { ، يعنى لا يحكم عليه بالحجر حتى لا يجوز إقراره لأحد بعد ذلك بالدين كما قال أبو يوسف وعمر في سائر الديون ، وذلك أن مهر المرأة وكفالة المكفول له لم يحصل به (٢) عوض هو مال فيكونان (٣) أولى بذلك من سائر الغرماء الذين يُقر لهم بعد الإفلاس ، وإنما حصل (٤) عليه دينهما (٥) بغير بدل هو مال (٦) فصار هذا والمال الذي يقر به لغيرهما بعد الإفلاس سواء . فذلك لا يرى الحكم بالإفلاس في المهر والكفالة . وأما سائر الديون فإن حق الطالب ثابت فيها حصل له من عوض إذا كان ذلك مالا ، فلا يجوز إقراره لأحد (٧) بعد الحكم بالإفلاس // [ف ٥٦ أ] والحجر عليه وصار عندهم بمنزلة المريض // [ل ٧٤ ب] الذى عليه الدين في الصحة إذ الحجر عندهم (٨) يوجب إثبات حق الغرماء في المال (٩) الحاصل (١٠) في يده كما أن المرض يوجب إثبات حق الغرماء في مال المريض . فإذا كان كذلك جرت هذه المسائل بجرى مسائل المريض فلا يجوز إقراره فيما في يده ولا هبته ولا تصدقه (١١) إلا على وجه المبادلة وحصول مثله في ملكه كما قلنا في المريض .

295 (١) ساقط من ل . (٢) الفاء سببية يعنى : حتى يكونا . (٣) ف : من غير بدل مال . (٤) ف : ساقط من ف . (٥) ف : ساقط من ف . (٦) ف : ساقط من ف . (٧) ف : ساقط من ل . (٨) ف : ساقط من ل . (٩) ف : ساقط من ل . (١٠) ف : ساقط من ل . (١١) ف : ساقط من ل .

{ وقال أبو حنيفة رحمه الله عليه : لو أن رجلاً ثبت عليه لإنسان دراهم فامتنع من دفعها إليه ، وله دنائير ، بيعت عليه الدنانير بدراهم ودفعت إلى صاحب الدراهم حقه } . وهذا استحسان منه ^(١) ، والقياس عنده أن لا يبيع عليه الدنانير بالدراهم ولا الدراهم بالدنانير كما لا يبيع عليه سائر ماله بالدراهم ^(٢) ولا بالدنانير ^(٣) لأنهما ^(٤) جنسان مختلفان . إلا أنه استحسنها هنا وأجاز عليه بيع الدنانير بالدراهم والدراهم بالدنانير ^(٥) لإيفاء حق الغريم ^(٦) إذ الدراهم والدنانير يجران مجرى واحداً في مواضع : منها أنهما جميعاً قيم المستهلكات ويكون القاضي بالخيار أن يقضى على المستهلك بالدراهم أو بالدنانير ، ومنها أنهما جميعاً أثمان الأشياء في جميع الأحوال فيجرى كل واحد منهما مجرى صاحبه في كونه ثمناً على كل حال ، ومنها أنهما يجران مجرى واحداً في باب إيجاب الزكاة بالضم ^(٧) ، ومنها أنهما يجران مجرى واحداً في المراجعة في بعض المواضع . وكذلك قالوا في المضاربة إذا كان رأس المال دراهم لحصل ^(٨) في يدي المضارب بعد بطلان المضاربة دنائير لم يجز له أن يبيعها ، وصار حصول الدنانير ^(٩) في يده كحصول الدراهم التي هي رأس المال . فإذا جرت الدنانير والدراهم مجرى واحداً في هذه المواضع جَوَزَ أبو حنيفة بيع القاضي على الغريم لأحدهما ^(١٠) بالآخر إذ كان هو منصوباً لإيصال ذوى الحقوق إلى حقوقهم . وفي هذا أيضاً حق للطالب ^(١١) .

296 (١) ساقط من ل .

(٢) ف . والدنانير .

(٣) ساقط من ف .

(٤) في ف هنا : الغرماء إلا أنهم استحسنوا وقالوا .

(٥) أي ضم الدنانير إلى الدراهم لتكميل النصاب . أنظر للبيوط للسرخي ج ٢ ، ص ١٩٢ .

(٦) ف : تحصل .

(٧) ل : دنائير .

(٨) مزيد في ف هنا : به .

(٩) ل : للطالب .

قال : { فإن ثبت للرجل على رجل مال بمحض منه إما بإقرار أو بيعة قامت عليه بحضرته ثم غاب المطلوب عن خصمه وامتنع من الحضور // [ل ٧٥ أ] معه فإن القاضى ينصب وكيلًا ويحكم عليه بالمال إن سأل ذلك الخصم . وهذا على قول أبي يوسف على ما قدّمنا أن من مذهبه جواز القضاء على الغائب بالمال الذى قد شهد به الشهود عند القاضى ^(١) بمحض منه . وبيننا وجه قوله فيه وما يتعلق به من خبر النبي صلى الله عليه وسلم وقوله ^(٢) لعلّ لا تقضى لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر ^(٣) . وهذا قد سمع عليه الشهادة فيلغى أن يجوز عليه القضاء بذلك ^(٤) السماع . وقد أجبنا عن هذا بأن حال القضاء أكد من حال السماع إذ السماع إنما يحتاج إليه لأجل القضاء // [ف ٥٦ ب] وكما لا يجوز السماع على الغائب لا يجوز القضاء عليه .

فصل ^(١)

298

قال : { وإن سأل الخصم أحجر عليه على ما وصفت لك } . وهذا قول أبي يوسف ، يعنى الفصل الأول ^(١) وهذا يتين على ما فرنا ^(٢) .

299

{ وقال أبو يوسف ومحمد ، يبيع القاضى أموال الغريم ويقضى ديونه ^(١) إذا سأل الخصوم ذلك } لأنهما يريان الحجر عليه ، فإذا حجر عليه لم يكن بد

297 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .

(٣) أنظر ابن حنبل ، ج ١ ص ١١١ . (٤) ل : بدليل .

298 (١) هذا العنوان فى ل فقط . (٢) ف وهو واضح على ما بينا .

299 (١) ل : دونه .

من إيفاء حق غراماته ، فصار مثل الميت — يجوز للقاضي أن يبيع عليه ماله بالدين .

فصل ١١

300

قال : { وإن باع المحجور^(٢) عليه من خصمه الذي 'حجر عليه له ضيعة' أو عقاراً أو غير ذلك بدّينه^(٣) الذي وقع عليه الحجر لأجله جاز { لأن الحجر إنما وقع عليه لتحسين هذا الدين^(٤) والتوفقة له^(٥) ولم يمنع من قضاءه . فإذا كان في ذلك إيقاؤه جاز ، كالمرضى إذا كان ماله مستغرقاً بدّين رجل جاز يبيع جميع ماله من ذلك الرجل ، ويجوز قضاؤه منه وإن لم يجر له أن يهبه من آخر . كذلك هذا ، يجوز أن يقضى دين المحجور له ويجوز بيعه منه ، وإن لم يجر^(٦) له أن يهبه^(٧) من غيره .

فصل

301

{ ولو كان الحجر وقع عليه لجماعة من الناس في ديون متفرقة لبسوا شركاء فيما فلا يجوز له قضاء بعض الغراماء دون بعض ولا بيعه من بعضهم دون بعض . وكل ما^(١) فعله من القضاء من^(٢) أحدم فالباقون شركاء فيه وصار ذلك المقضى كهب في يده { كما قلنا في المريض لأن الذي يمنع بيعه لم يكن هو المشتري والمقضى فقط حتى كنا^(٣) نجهزه بل حقه وحق الغير ، فصار المشتري في حق

300 (١) هذا العنوان مثبت في حاشية ل . (٢) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ف . (٤) ل : والويقة .

(٥) ساقط من ف .

301 (١) يزيد ل : هـ : من يكون . (٢) ف : مع .

(٣) ل : تكون كذا .

الباقين كواحد من الناس ، وقضاؤه إياه ويومه منه بمنزلة " يومه من " الأجنبي في حق الباقين ، فلذلك // [ل ٧٥ ب] لم^(٥) يجوز .

فصل

302

{ ولو استهلك هذا المحجور عليه مالا لإنسان بمعاينة الشهود لزمه ذلك وحاص^(٤) صاحب المال الغرماء الذين حجروا عليه القاضى لهم . فسا كان في يده من مال فيكون أسوتهم في ذلك { كما قالوا في استهلاك المريض في حال مرضه من مال لإنسان — إن صاحب المال وسائر الغرماء أسوة في التركة . كذلك هذا ، لأن ضمان الاستهلاك يتملق به التملك فصار كالبيع والشراء بمثل القيمة . وهذا مما يدل على صحة مذهب أبي حنيفة في بطلان الحجر ، لأنه لو كان حجروا عليه لتحسين^(١) المال الحاصل في يده لأجل الغرماء لوجب أن لا يستحق منه أحد شيئاً غير الغرماء الذين وقع الحجر لهم . فليأجوزوا^(٢) هذا ؟ ومعلوم أن المحجور عليه بهذا يتوصل إلى إبطال حق الغرماء من المال الحاصل في يده كما يبطل بالإفراد والبيع بأقل من القيمة وغير ذلك . وكذلك قالوا في النكاح : إنه يجوز بمهر المثل . والمحجور يقدر أن يتوصل إلى استغراق المال بمهر النساء ، وصارت // [ف ٥٧ أ] النساء كسائر الغرماء في استحقاق المال . فلو كان استغراق الدين بماله يوجب الحجر عليه إذا طلب^(٣) الخصم [ذلك] لتحسين^(٤) المال الحاصل للطالب بالدين لوجب أن لا يجوز شيء مما ذكرنا ، إذ كان في ذلك إبطال حق الغرماء . فلما صار هذا وظاهره جائزاً^(٥) بالاتفاق دل على أنه لا معنى للحجر عليه .

(٥) ساقط من ل .

(٢) ف يجوز

(٤) ف : ليحصل .

(٤) ساقط من ف .

302 (١) ف : لتحصيل .

(٣) ل : طالب .

(٥) ساقط من ف :

303 قال : { ولو أن القاضى حبس رجلا بدين رجل فأسرف المحبوس فى اتخاذ الطعام ولبس الثياب والكسوة وتزوج النساء فإن القاضى يسك عليه ^(١) فى الطعام ويأمر بأن ^(٢) يدخل عليه من ذلك شيء ^(٣) بالمعروف ليس بالضيق . وكذلك الكسوة . وأما التزويج فإنه يسقط ^(٤) من المهر ما فضل على مهر مثل المرأة فى حق الغرماء ، وتخصص المرأة سائر الغرماء فى مهر مثلها ، والة اضل من المهر يلزم الزوج المحجور عليه فيما يكسب من ماله بعد الحجر . وذلك أن القاضى إنما حجب عليه وحبيه لحق الغرماء فله أن ينعمه من إضاعة المال وإبطال حق الغرماء من المال ، ويهرى عليه النفقة والكسوة بالمعروف الوسط من ذلك . وأما مهر المرأة فلأن مقدار مهر المثل هو قيمة البضع ، والبرقع ^(٥) [ل ٧٦ أ] له قيمة فى دخوله فى ملك الزوج بدلالة جواز ^(٦) تكاح المريض على مهر المثل . وقد بينا هذا فى غير موضع . فإذا كان كذلك صار مقدار مهر المثل كشراء السلعة بمثل القيمة فيجوز له ذلك . وأما الفاضل من مهر المثل فهو بمنزلة الهبة والإقرار فلا يجوز فى حق الغرماء وإن ^(٧) لزم الزوج ^(٨) فى نفسه كما قلنا فى المريض .

304 قال : { وكذلك لو اشترى جارية بمعاينة الشهود لم يجوز من ذلك إلا ما فيه الخطأ ^(١) والتوفير عليه فى هذا المال ^(٢) ، وثمنها بينهم وبين البائع أيضاً . قال الشيخ : يعنى إذا قبض المحجور عليه الجارية ولم ^(٣) يدفع الثمن إلى بائعها ^(٤) حتى جاء الغرماء ، وكان من القصة ما كان ، فجعل القاضى البائع ^(٥)

303 (١) ف : عنه .

(٢) ف : لمن .

(٣) فى الأصل : شيئا .

(٤) ساقط من ف .

(٥) ساقط من ف .

(٦) ساقط من ف .

(٧) ل : لزمه للزواج .

304 (١) ف : ويكون عليه هذا المال .

(٢) ف : وليس له أن . (٣) قبل بيعه الغرماء ويكون البائع .

أسوة لقرامته في جميع ما في يده ، ولا يجعل البائع أولى من غيره في استحقاق مقدار الثمن عليه ، بل هو وغيره من الترماء سواء . قال : { ولو كان المحجور عليه قد قضى البائع ثمن الجارية كان^(٤) قضاؤه جائزاً لأنه ليس فيه إبطال حق الترماء إذ قد حصل في ملكه^(٥) مقدار ما قد قضى إلى البائع من الثمن^(٦) } . قال الشيخ : اللهم إلا أن تكون الجارية هالكة فيكون للترماء أن يتبعوا البائع بما اقتضاه من الثمن فيشاركونه فيه إن كان ما في يدي المحجور عليه ليس يفي بدينهم كما قالوا في المريض . وأما الزيادة التي فضلت من الثمن على قيمة الجارية فهي باطلة لأن شراؤه لا يجوز . وكذلك البيع^(٧) إلا بمثل قيمته^(٨) لأن فيه إبطال حق الترماء ، فلا يجوز له أن يفعله ، كما قالوا في تصرف المريض إذا كان عليه دين يحيط بماله .

305 باب حجر الفساد^(١) : [ف ٥٧ ب]

قال الخصاف : { قال أبو حنيفة رحمه الله : الحجر على الحر باطل . وهذا صحيح من مذهب أبي حنيفة لا نعرف عنه خلافاً في هذا ، سواء كان الحجر لأجل السفه أو التبذير أو الإفلاس . وعند أبي يوسف ومحمد جاز الحجر^(٢) على الحر^(٣) في هذه الوجوه^(٤) الثلاثة كلها^(٥) } . أما المفلس لحكمه ما يتنا من الخلاف ووجه قولهم . وأما التبذير فهو أن لا يعرف الرجل التصرف في نفسه^(٦) فيه . وأما السفه فهو أن يفسد ماله ويسرف فيه ويضيعه بما

(٥) ساقط من ل .

(٧) : البيع .

(٧) ساقط من ف .

(٤) أي بين له ما يسمح له بإفلاجه :

(٤) ل : وكان .

(٦) ف : ثمن الجارية .

(٨) ف : القيمة .

305 (١) ل : السفيه .

(٢) ل : الثلاث :

لا ينبغي له أن يفعله مع معرفته // [ل ٧٦ ب] بالتصرف وقدرته على ضبعه^(٥) فللقاضي أن يحجر عليه وينمعه من التصرف عندهما، ولا يجوز ذلك عند أبي حنيفة. ووجه قوله ما يبيننا في الإفلاس من جهة الكتاب والنظر، ووجه قولهما قوله تعالى ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِمُ الْخَلْقُ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُبَيِّنَ لَهُمُ﴾ الآية^(٦). فأخبر الله تعالى أن من كان سفيفاً أو ضعيفاً^(٧) في التصرف^(٨) فلا يحسن الإملاء^(٩) يتولى ذلك وليه. ولا يجوز الولي أن يتولى مع بقاء ولايته. فلما أجاز الله تعالى ولاية الولي عليه دلّ على أنه لا يملك التصرف في ماله. وهذا لا يكون إلا محجوراً عليه. ويحتجان أيضاً بالخبر المروى عن النبي صلى الله عليه وسلم^(١٠) أن رجلاً كان في عقدته ضعف فجاءوا به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا: يا رسول الله، احجر عليه فإن في^(١١) عقدته ضعفاً. فحجر عليه. فقال: يا رسول الله، إني لا أصغر عن^(١٢) البيع. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «إذا بيعت فقل: لا خلافة»^(١٣) أي لا تغابن. فلما حجر النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك الرجل لأجل التبذير كان لنا أن نحجر على المبذر. والجواب عن الآية أن نفس الآية تدل على صحة مذهب أبي حنيفة، وذلك أن الله تعالى أجاز مداينة السفيه والضعيف الذي

(٥) ل: التصرف.

(٦) سورة البقرة، ٢: ٢٨٢.

(٧) ساقط من ل.

(٨) أي أن يعل على الكاتب بما عليه من دين لرب المال. أنظر تفسير الآية في تفسير الطبري، ج ٦ ص ٥٧.

(٩) مكرراً ل: هنا خطأ: دل على أنه لا يملكه التصرف.

(١٠) ساقط من ل. (١١) ل: عل.

(١٢) فارق ابن حنبل، ج ٣، ص ٧١٧ حيث الحديث «إني كنت غير تارك البيع فقل هوها ولا خلافة ولاها لا خلافة». وفي أبي داود، يبيع ٦٦ «لأن كنت غير تارك البيع فقلها» وما «ولا خلافة».

لا يستطيع أن يُبل^(١٣) بقوله ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى﴾ ثم عطف عليه قوله ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً﴾ الآية^(١٤). ولو كان السفه يوجب الحجر على الحر لمّا أجاز عقد مداينة السفه كما لا يجوز عقد^(١٥) مداينة المجنون. فلما أثبت الله تعالى عقد مداينة السفه دلّ على أن الآية لا توجب الحجر. وأيضاً فإن الله تعالى جمع في الآية السفه والضعيف والعاجز عن الإملاء، ثم عطف عليه قوله ﴿فليُحلّلْ وليُّه بالعدل﴾ فحقن نقول إن المعطوف معطوف على العاجز عن الإملاء دون السفه والضعيف، وأراد به أن الذي عليه الحق إذا كان عاجزاً عن إملاء الشرط يُمنى وليُّه الشرط. وقال المخالف في هذا لأبي حنيفة: هو معطوف على السفه والعاجز والضعيف جميعاً، فعليه إقامة // [ل ٧٧ أ] الدلالة على صحة دعواه أن // [ف ٥٨ أ] المعطوف راجع إلى جميع المذكورين في الآية: على أنه لو ثبت أن المراد بالمعطوف جميع المذكورين لم يكن^(١٦) في ذلك^(١٧) دلالة على خلاف ما ذهب إليه أبو حنيفة. وذلك أن الماء في قوله وليه يُحتمل أن تكون كناية عن وليّ العقد ويحتمل أن تكون كناية عن وليّ الذي عليه الحق. فإذا احتُمل الأمران^(١٨) لم يكن لها^(١٩) دلالة في ظاهر الآية ولم^(٢٠) [يكونا]^(٢١) بها أولى بصرفها إلى وليّ الذي عليه الحق من أبي حنيفة بصرفه إلى وليّ العقد. وصار كأنه قال: فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً وضعيفاً^(٢٢) ولا يحسن أن يملأ فليملأ وليّ العقد، وهو الذي له الحق بالعدل. وإذا كان كذلك سقط احتجاج أبي يوسف وعبد بن ظاهر الآية لأبي حنيفة.

(١٤) سورة البقرة، ٢: ٢٨٢.

(١٦) ل: فيه.

(١٨) ل: فيه.

(٢٠) ف: يكون.

(١٣) ل: يملك.

(١٥) ساقط من ل.

(١٦) في الأصل: الأمرين.

(١٩) ف: وأن.

(٢١) ساقط من ف.

306 والجواب عن "الخبر فهو أن الخبر" يدل أيضاً على إبطال الخبر على الحر البالغ . وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم لما قال له الرجل : إنى لا أصبر عن البيع ، لم يمنعه من البيع وأجاز بيعه وإن كان قال له : قل لا إخلاية . ولو كان "تصرفه غير جائز" لم يطلق النبي صلى الله عليه وسلم في التصرف لأجل أنه لا يصبر عن البيع كما لا يطلق المجنون والصبي الذى لا يحسن أن يتصرف فى المال . فلما أطلقه^(١) دل على أنه لم يحجر عليه حجراً يمنع التصرف وإنما قال له : لا تبع ، على وجه الرق به والشفقة عليه لا على وجه المنع من التصرف .

307 { وقال أبو حنيفة : وإن كان الرجل غير رشيد ولم يبلغ خمساً وعشرين سنة لم يدفع إليه ماله حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة . وعندهما لا يدفعه إليه بعد خمس وعشرين "سنة أيضاً" حتى يؤنس منه الرشد } ، لأبى حنيفة فى منع المال منه قبل خمس وعشرين سنة قوله تعالى ﴿ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾^(٢) وهذا لم يؤنس منه الرشد فلا يستحق أخذ المال . وهذا العموم يتناول جميع أحواله إلا فى موضع تقوم الدلالة عليه^(٣) . وهذا اعتماد أبى يوسف ومحمد ، وحجتهم على أبى حنيفة بعد خمس وعشرين سنة . وأما بعد "خمس وعشرين سنة" فإنما يستحق أخذ ماله وإن كان غير رشيد لقوله تعالى ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا // [ل ٧٧ ب] مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾^(٤) والأشد عند أبى حنيفة خمس وعشرون سنة وإن كان قد قيل : أربعون سنة . وقيل دون^(٥)

306 (١) ل : الحديث فهو . (٢) ف : هذا لا يجوز تصرفه .

(٣) مزيد فى ف : النبي صلى الله عليه وسلم فى التصرف .

307 (١) ساقط من ل . (٢) سورة النساء ، ٤ : ٦ .

(٣) ساقط من ل . (٤) ساقط من ل .

(٥) سورة الأنعام ، ٦ : ١٥٢ . (٦) ساقط من ل .

خمس وعشرين سنة فإنه قد صح عنه أن بلوغ الأشد خمس وعشرون سنة ، وإذا كان كذلك وجب أن يستحق أخذ ماله إذا بلغ هذا المبلغ بهذه الآية وإن لم يؤنس منه الرشد . وإذا أُؤنس^(٨) منه الرشد استحق أخذ ماله قبل^(٩) هذا المبلغ بقوله ﴿ فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ // [ف ٥٨ ب] حتى تكون مستعملين للآيتين جميعاً . فإن قيل : فما الدليل على أن^(١٠) بلوغ الأشد خمس وعشرون سنة حتى تصح المسئلة ؟ قيل له : الكلام في هذا خارج عن مسئلتنا إذ كانت في أنه لم يستحق أخذ ماله بعد خمس وعشرين سنة وهذه المسئلة^(١١) في أنه لم يكن بلوغ الأشد خمساً وعشرين سنة . فإذا كان كذلك سلم لنا حجاج^(١٢) [إل] مسألة الأولى^(١٣) والدليل^(١٤) أن الرجل قد يكون جداً لخمس وعشرين سنة ، وغير جائز أن يكون جداً وهو لم يبلغ الأشد فيكون في حد الصغر لاستحالة اجتماع حد الشيخوخة وحد الصغر . وإنما قلنا إنه يجوز أن يكون جداً لخمس وعشرين سنة لأن أقل ما يبلغ فيه الرجل اثنتا عشرة سنة ، وأقل الحمل ستة أشهر . فإن كان كذلك يحتمل أن يبلغ هو عند استكمال الإثنتي عشرة وقد تزوج امرأة فدخل بها فتلد امرأته لسته أشهر . ويبلغ ولده في اثنتي عشرة سنة أيضاً ويتزوج امرأة ويدخل بها فتلد أيضاً لسته أشهر . فذلك كمال خمس وعشرين سنة . فإن لك هذا والضح^(١٥) .

فصل

308

{ فإن باع هذا المحجور عليه أو اشترى نظر الحاكم في ذلك ، فإن كانت

(٨) ل : أنس .

(٧) ل : فلهده .

(١٠) ساقط من ل .

(٩) ل : فمن .

(١٢) مزيد هنا : حل .

(١١) ساقط من ل .

(١٣) هذه الفقرة ساقطة من ف ، ج .

إجازته خيراً له أجاز^(١) ذلك إذا كان في ذلك توفير عليه وزيادة لماله ، وإن كان رد ذلك خيراً له رده { . وهذا على قولنا^(٢) لأن القاضي إنما جبر عليه لثلاث يتأن ماله . فإذا كان في تصرفه خير^(٣) له لم يُبطل عليه ، وإن كان شر^(٤) له أبطله .

309 قال : { والمقصد لماله والذي لم يبلغ سواء إلا في أشياء . أما هذا الذي بلغ فإنه // [ل ٧٨ أ] يخرج من ولاية الوصى عليه ولا يجوز أمر الوصى عليه في شيء . وإن أعتق مملوكاً جاز عتقه ويسمى المعتق في قيمته له . وكذلك إذا دبّر^(١) جاز تدييره . فإن مات المعتق غير رشيد سعى المدبّر في جميع قيمته . ويجوز وصاياه فيما يتقرب بها إلى الله تعالى { من قبل أن الذي^(٢) أوجب عليه الحجر كونه^(٣) مفسداً للمال فيُحجر عليه لثلاث يبقى مفلساً فيحتاج أن يسأل الناس . ومعنى الإفساد والاحتياج إلى السؤال معدوم بعد موته ، فيجوز تصرفه بعد موته من الثلث وهو القدر الذي يحكم له بالملك بعد الموت . وأما العبد المدبّر فإنه^(٤) يسمى في قيمته وإن كان تدييره وصية لأن حكم التدبير قد استقر فيه قبل موت المحجور عليه . ألا ترى أنه لا يصح الرجوع فيه ؟ فإذا كان كذلك صار مثل المعتق فيلزمه السعاية . وإنما يسمى في قيمته مدبّراً ولم يسع في قيمته عبداً غير مدبّر^(٥) لأن المدبّر لا يحصل في يد نفسه إلا بعد موت المدبّر . فإذا كان كذلك حصل المدبّر في يد نفسه وقيمة رقبته ناقصة بالتدبير ، فلا يجب عليه قيمة وقتة غير مدبرة .

308 (١) ف : جاز . (٢) ل : قولهم .

(٣) في الأصل : خيرا . (٤) في الأصل : شراً .

309 (١) مزيد في ف هنا : جارية . (٢) ف : الله .

(٣) ف : يكرهه . (٤) ل : إنما .

(٥) مزيد في ل هنا : وذلك .

فصل

310

{ولو طلّق وقع الطلاق على امرأته} لأن هذا مكلف لم يزل عنه التكليف بالحجر فيلزمه حكم قوله في هذه العقود كلها ، إلا أنه يبطل من العقود وغيره ما يلحقه الفسخ بالإقالة لكونه مجبوراً ، فصار كأن القاضى أبطله بعد إثباته . ولا يبطل ما لا يلحقه الفسخ لأن القاضى لو قصد إلى إبطاله بعد ثبوته لم يكن له أن يبطله . فذلك لا يبطل بالحجر ، وذلك مثل الطلاق والعناق والتدبير [٠] والاستيلاد والنسب^(١) والنكاح مثل هذا قياساً على هذه العقود وإن كان ما^(٢) يلحقه فسخ^(٣) القاضى لأنه لا ينفسخ بالإقالة ، فصار مثل [ف ٥٩ أ] ما ذكرنا من المعاني التي لا يلحقها الفسخ . والملة^(٤) منع الفسخ فيه بالإقالة والردّ باليب .

فصل

311

قال : {ولو حنث في يمين أجزاء الصوم ولم يكن له أن يكفر من ماله . ولو ظاهر كان عليه الصوم . وإن أعتق عن الظهار} [ل ٧٨ ب] عبداً جاز العتق ولم يحزم من الكفارة . وكذلك كفارة القتل { وذلك لأن هذا محكوم بإبطال التصرف في ماله فصار كمالك فيما يلزمه نفسه كالإقرار بالمال^(١) للغير — إنه لا يجوز عليه لأنه بقوله أراد إثباته . فذلك الكفارة والنذر مثل هذا . وكأقلنا في الهبة والصدقة — إنه لا^(٢) يجوز عليه .^(٣) فذلك

310 (١) ساقط من ف . (٢) ل : ما .

(٣) مزيد في ل هنا : العقود

(٤) ف : والى الجامع بينهما .

311 (١) ل : بالملك .

(٢) ساقط من ف ، ج ولعل الخبث هو الصواب .

لا يجوز العتق^٣ ولا الإطعام وإنما عليه الصيام في ذلك كله . كالعبد إذا أذن له مولاه في الحج يلزمه القدية من طعام أو صيام - إن عليه الصيام دون الإطعام . وكالعبد إذا حنت أو ظاهر من امرأته - إن عليه الصوم ولا يجوز^٤ عتقه العتق^٥ . كذلك هذا مثله . وأيضاً فإن هذا لما كان ممنوعاً من التصرف في ماله صار ماله كالغائب ، فيصوم عن الكفارة ، كابن السبيل لما كان ماله غائباً عنه جاز أن يصوم عن الكفارة في اليقين . وأما العتق فإنما لم يخرج من الظهار والكفارة لأن العبد يلزمه السعاية بالعتق فصار كالعتق على ماله ، "ولو أعتق على ماله" لا يجرى عن الكفارة . كذلك هذا . وأما حجة الإسلام وزكاة الأموال فلا تسقط عنه ويلزمه لأن لزومه لم يكن من جهة وإنما هو من جهة الله تعالى فلا يبطل حكمه بالحجر . وأما ما لزمه في الحج من كفارة وجنابة فلا يجوز فيه غير الصوم كالعبد لأن لزومه ذلك أيضاً من جهة فصار مثل هبة يهبها هو .

312 قال : { والمرأة المفسدة في هذا كالرجل } لأن المعنى الذي يوجب الحجر على الرجل موجود في المرأة ، وهو الإسراف والتبذير ، فلا فرق بينهما .

313 قال الشيخ : والقاضي إنما يحجر على المفسد الماله لكن لا يفترق فيسأل الناس فيتأذون " بسؤاله لإمام " . ويحتمل أن يكون حجر عليه لأجل أنه إذا افترق ولا يكون قادراً على الكسب ولا أحد ينفق عليه يلزمه النفقة من بيت المال ، فلإمام أن يمنعه من ذلك لئلا يؤدي إسراره إلى استحقاق النفقة من بيت المال .

(٣) ل : لأنه ينسبه فلا يجوز فيه العتق .

(٤) ف : عتق العبد . (٥) ساقط من ف .

قال الخصاف : { قال محمد : إذا بلغ الغلام مبلغ // [ل ٧٩ أ] الرجال وهو مفسد غير مصلح فهو محجور عليه ، حجر القاضي عليه أو لم يحجر { . ولم يذكر قول أبي يوسف . وعند أبي يوسف لا يكون محجوراً عليه حتى يحجر عليه ^(١) القاضي . والأصل في هذا أن أبا يوسف ومحمد قد اتفقا جميعاً أن // [ف ٥٩ ب] للفلس لا يصير محجوراً عليه بنفس الإفلاس ، والمريض يكون محجوراً عليه بالمرض عند الجميع . فقام أبو يوسف مستثناً على الحجر بالإفلاس لكونهما مكسفين في حقوق الله تعالى . ومحمد قامها على حجر المريض لوجود السبب الموجب للحجر وهو الإفساد في المال ما هنا والمريض ^(٢) في مسئلة المريض . والجواب عن هذا لأبي يوسف أن المريض ليس محجوراً عليه في حال المرض وإنما يصير محجوراً عليه بالموت . ألا ترى أنه لو برأ من المرض جاز جميع تصرفه ؟ فقد علمت أن المرض لم يوجب الحجر ولا يصير به محجوراً ويكون تصرفه موقوفاً على الموت . فإن مات صار ^(٣) تصرفه مثل تصرف وصي الميت فيما أوصى إليه به . فإذا كان كذلك ^(٤) لم يحجر لمحمد قياس مسئلتنا على مسئلة المريض وجاز لأبي يوسف قياسها على مسئلة حجر الإفلاس . وأما فرق محمد بين مسئلتنا وبين مسئلة الإفلاس ^(٥) أن الإفلاس إنما هو حكم من الحاكم ، ألا ترى أنه يأمره بأداء حق الطالب فإن امتنع من ذلك حينئذ حجر عليه ويمنعه من التصرف في ماله ويحكم بالإفلاس إن كان ماله ^(٥) مستغرقاً بدينه ؟ وليس كذلك حجر المفسد لأن الإفساد في المال حاصل تحكم عليه الحاكم أو لم يحكم ؟ فالمنى الموجب للحجر ^(٦) ، وهو الإفساد ، حاصل ،

(٢) ف : والمريض .

314 (١) ساقط من ف .

(٣) ف : جاز .

(٤) ف : صح ما قاله أبو يوسف . وفرق بينهما فقال .

(٦) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ف .

فيبلغني أن يصير^(٧) محجوراً عليه بنفس الإفساد^(٨) .^(٩) والأخبار المروية تشبه لأبي يوسف على محمد إذا لم نعملها على موافق مذهب أبي حنيفة . وذلك أن الرجل الذي أتى إلى النبي صلى الله عليه وسلم وكان في عقدته ضعف قليل للنبي صلى الله عليه وسلم في حجره فحجره عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم^(٩) . فلو كان الإفساد نفسه صار حجراً لم يكن يحجر رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه وسلم على الرجل ، بمعنى بل كان يقول : أنت قد صرت محجوراً عليه بالإسراف // [له ٧٩ ب] وكذلك خبر علي رضي الله عنه مع عبد الله ابن جعفر . لو كان الإسراف حجراً لما أمر علي رضي الله عنه عثمان بن عفان بحجره على عبد الله ، فبان^(١٠) .

مسئلة

315

قال : { ولو أن القاضى أمر هذا المفسد^(١) بعد الحجر عليه أن يبيع شيئاً من ماله ويشترى ، فباع واشترى وقبض الثمن ، جاز جميع ما صنع من ذلك وكان أمر القاضى إخراجاً له من الحجر . فإن وهب^(٢) أو تصدق لم يجز ذلك } . أما إطلاقه عن الحجر بأمره بالشراء والبيع^(٣) فكما قلنا في العبد المأذون والصبي المأذون إذا أمر للولي أو الأب واحداً منهما بالشراء والبيع^(٤) كان إذا^(٥) في التصرف . كذلك هذا . وأما بطلان هبته وصدقته فلأن إطلاقه عن الحجر إنما جوّز له التصرف^(٦) في التجارة ولم يوجب جواز الهبة والصدقة كما قلنا في إذن العبد والصبي .^(٧) فإن قيل : لما كان المانع من الهبة

(٨) يعني هذا قول محمد وحجته .

(٧) ل : مصيباً .

(٩) أنظر هذا الخبر في فقرة 305 . (١٠) ساقط من ل .

(٢) مزيد في ف هنا : له .

315 (١) ساقط من ل .

(٤) ل : أدنى .

(٣) . ساقط من ل .

(٥) هنا يوجد عدة كلمات متكررة في ل .

والصدقة في مسئلتنا هو الحجر ، والحجر قد ارتفع بإطلاق القاضى فلم لا يجوز الهبة والصدقة ؟ قيل له : من قبل أن هذا الإطلاق إنما أوجب له الإذن في التجارة ولم يوجب أكثر من ذلك إذ كان المعنى الموجب للحجر موجوداً ، وإنما أذن له في التصرف بهذا الإطلاق لمنفعته . فلو كان ذلك موجباً لجواز هبته وصدقته لم يكن في ذلك حفظ لماله ^(١) . قال : { ولو أمره القاضى ببيع عبده ببعينه أو شيء بعينه لم يكن هذا إخراجاً له من الحجر } كما قلنا في المأذون إنه لا يكون بذلك مأذوناً في التصرف .

مسئلة (١)

316

قال : { ولو قال له : قد أذنت لك في التجارة بمحض من أهل سوقه ولا أجبر عليك من ذلك إلا ما كان بمعاينة من الشهود . فأما ما كان من إقرار لم أجزه ، فهو كما قال القاضى { . فلا يجوز إقراره ولا ما يتصرف به } من غير معاينة الشهود . ولا يشبه هذا المأذون من قبل أن القاضى حجر عليه لاستفساده في ماله لا لمعنى غير ذلك فله ^(٢) أن يمنعه ^(٣) مما يوجب الاستفساد في المال ^(٤) من الإقرار وغير ذلك ، ولا يمنعه بما يوجب الاستصلاح في المال ^(٥) . وأما العبد والصبي فلم يكن الحجر عليهما // [ل ٨٠ أ] لأجل الاستفساد وإنما كان الصبي محجوراً // [ف ٦٠ أ] لأنه غير مكلف فلا يكون قوله قولاً فيما يتعلق به من الأحكام . وكذلك العبد لا يكون قوله قولاً فيما يلزم المولى فإذا أذن له ^(٦) في بعض التجارات صار قوله قولاً صحيحاً ^(٧) فلا يختص ببعض التجارات دون بعض ^(٨) .

(٦) ساقط من ف .

316 (١) هذا الذنوان في ل فقط .

(٢) ساقط من ف .

(٣) في الأصل ، أى ف : قول صحيح .

(٤) ساقط من ف .

(٥) النسي منطرب في ل وهو هذا : فيها في معنى بلوغ الصبي وعقيد العبد لما كان كذلك النبي يوجب زوال الحجر عنها له مولاه أو أبوه .

317 قال : { ولو أن غلاماً أدرك وهو مصلح لماله فأتجر في ماله وأقر بديون ووهب وتصدق ثم أفسد بعد ذلك وصار إلى حال من يستحق الحجر جاز ما صنع من ذلك في حال الصلاح } . وأما فعله في حال الفساد — يعني أن القاضي إذا رفع إليه أمره أجاز^(١) ما صنع في حال الصلاح ويُبطل^(٢) ما صنعه في حال الفساد ، لأن التصرف في حال الفساد لم يصح على قول أبي يوسف . بل تصرفه واقع^(٣) . إلا أن القاضي ينظر فيه فإما كان ردّه خيراً له ردّه وما كان مضاراً خيراً له أمضاه . وأما ما صنعه في حال الصلاح فهو ماضٍ ليس لأحد عليه الاعتراض . وأما على قول محمد فما صنعه في حال الفساد باطل لأنه يصير محجوراً عليه بنفس الإفساد عنده فلا يجوز تصرفه بعد ذلك .

318 قال : { والفساد الذي يستحق الحجر كل من كان مفسداً لماله مضيئاً لا يبالي بما صنع به ، سواء كان ذلك الإسراف في المال في الفجور والملاهي أو في غير ذلك من الإسراف والتبذير . فأما من كان فاسداً في دينه فاجراً في نفسه إلا أنه حافظ^(١) لماله لم يستحق الحجر { لأن الحجر وجب لها هنا لأجل تلف المال لا لتبذير ذلك ، فلا يصح على غير متلف لماله على وجه السفه والتبذير .

319 قال : { ولو أن قاضياً حجر على رجل مسلم مفسد لماله لجاء قاض آخر فأطلق عن حجره وأجاز ما صنع في ماله قبل الإطلاق فهو جائز ، إلا أن تكون حقوقاً رُفعت^(١) إلى القاضي المزعول فأبطلها فلا يجوز للثاني

317 (١) ف : جاز . (٢) ف : بطل .
(٣) المتي هنا غير واضح . ولعله أراد : ولكن تصرفه واقع .

318 (١) ف : كان حافظاً .

319 (١) ل : ارتفعت .

أن يميزها ويُبطل حكم الأول { . وذلك لأن ما لم يعطه القاضى الأول من التصرف كان موقوفاً لم يجر عليه الحكم بالجواز ولا بالبطلان^(١) ، فالثانى أن يميزه إذا كان ذلك قبله^(٢) الاجتهاد وأدى اجتهاده إلى جوازه ولم يكن فى ذلك إبطال حكم . وأما ما أبطله الأول فإنما لم يجر للثانى إنفاذه لأن القاضى الأول قد حكم بإبطاله فى موضع // [ل ٨٠ ب] يسوغ الاجتهاد فيه^(٣) إذ كانت^(٤) مسألة الحجر عما يسوغ فيها^(٥) الاجتهاد . فلا يجوز لأحد أن يتبعه^(٦) بإبطال ذلك الحكم بالاجتهاد كما أن الصلاة إذ أديت باجتهاد لا يجوز أن تبطل باجتهاد .

320 قال : { فإن لم ينفذ هذا الثانى قضاء الأول بإبطال تصرف المحجور عليه وأجاز تصرفه ثم جاء قاض آخر فإن القاضى الثالث يبنى أن ينفذ حكم الأول بإبطال العقود التى أبطلها ، ويُبطل حكم // [ف ٦٠ ب] " الثانى { لأن حكم الأول قد وقع باجتهاد منه فى موضع يسوغ له الاجتهاد^(١) فيكون صحيحاً وحكم الثانى كان فاسداً لأنه حكم بما لا يسوغ فيه الاجتهاد إذ ليس بين الناس خلاف أن "حكم الحاكم إذا وقع باجتهاد فى موضع يسوغ " الاجتهاد فيه " لا ينفذ أبداً .

321 قال : { فإن باع هذا المفسد المحجور عليه شيئاً من ماله وقبض ثمنه لم يكن للذى دفع إليه المال أن يرجع عليه^(١) بماله { . كذا قال الخصاص ، ولم يبين أن المبيع هو فى يدى المشتري أو فى يدى البائع^(٢) المفسد ، أو هو قائم^(٣)

(٢) ف : بالإبطال .

(٣) ف ، ج : مسألة . وفى ل : مسله . والقيل هو الطاعة .

(٤) ساقط من ف .

(٦) ساقط من ف .

320 (١) ساقط من ل .

321 (١) ف : إليه .

(٢) ف : لا بنفسه .

أو حاله ، وأن الثمن ^(٣) في يدى البائع أو لا . وقال محمد في كتاب الحجر ^(٤) في المفسد ماله ^(٥) إذا باع شيئاً بيته ثم رفع ذلك إلى القاضى نظر فيه فإن رأى ما باع رغبة ^(٦) أجاز [هـ] إن كان الثمن قائماً وإن كان ضائع في يده لم يجوز القاضى . قال : لأنه إذا أجاز له جاز قبضه الثمن . قال : وكذلك لو كان قبض الثمن بدفع المشتري إليه ^(٧) واستهلكه بين يدى الشهود فإنه يُنقض بيمه ولا يلزم المحجوز عليه شيء من الثمن . قال : فإن كان المحجوز عليه حين قبض ^(٨) الثمن أنفق على نفسه نفقة مثله في مثل تلك المدة ، أو حج به حجة الإسلام أو أدى منه زكاة ماله ، ثم ^(٩) رفع إلى القاضى ، نظر فيه ، فإن كان البيع رغبة أو كانت قيمته مثل الثمن الذى أخذه أجاز البيع وأبرأ المشتري من الثمن ، وإن كان فيه محاماة فأبطله القاضى لم يبطل الثمن عن ^(١٠) المحجوز عليه ، ولكن القاضى يقضيه ^(١١) من ماله .

322 فين محمد بهذا أن الثمن إذا كان مستهلكاً بما ^(١٢) يجوز للحجوز عليه أن يفعله كالإتفاق على نفسه بنفقة مثله وكأداء الحج به وأداء الزكاة وكأداء مهر المرأة إن قبضه للثمن قبض صحيح ^(١٣) ، وعلى القاضى أن يرد على المشتري

(٣) ل : لام قائم .

(٤) لعل هذا الكتاب هو ما احتواه كتاب المبسوط للرخسى ، ج ٢٤ ، ص ١٠٦ - ١٨٤ .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ف ، ج . وفي المبسوط ، ج ٢٤ ، ص ١٧٥ : فإن رأى ما باع به رغبة أجاز له . وسقى الرغبة هو أقصى ما يستطيع البائع أن يناله كدوى للبيع . انظر قاموس فنيان .

(٧) أى إلى المشتري . (٨) ف : أخذ .

(٩) ف : يوم . (١٠) ف : على .

(١١) ل : يقضه .

322 ل : إجاز . (١٢) في الأصل : فبنا سحجها ،

مثله من مال المحجور عليه إن أبطل البيع لأجل المحاباة ، وإن أجاز البيع لرغبة فيه لم يلزم المشتري // [ل ٨١] ثمن آخر غير ما نقده للمحجور عليه . وهذا يبين على ما قاله لأنه ليس في ذلك إفساد لما له إذ الحج لازم له ، وكذلك الزكاة ومهر المرأة ونفقة مثله . فإذا فعل ما يستحقه ولم يكن ^(٣) القاضى منعه منه ^(٤) صار في ذلك مثل غير المحجور . ويجوز له استقراضه لذلك لأنه ^(٥) جاز قبض الثمن وإنفاقه على ذلك الوجه . وأما إذا لم ينفقه على الوجه الذى يبيّننا ولكنه استهلكه على وجه الإفساد فإنه قال : ينبغي أن يبطل القاضى بيعه وإن لم يكن فيه محاباة للمشتري . قال : لأنه لو أجاز له ^(٦) البيع جاز قبضه الثمن ، إذ لا يلزمه من ضمان الثمن شيء . قال : وكذلك لو قبضه واستهلكه بمحض من الشهود لم يلزمه ضمانه . قال : // [ف ٦١ أ] وإن كان الثمن قائماً بعينه وكان في البيع رغبة ^(٧) أجاز له لا يلزمه ضمان الثمن الذى هو ^(٨) قيمة المبيع ^(٩) الحاصل في يده . ولم يذكر إذا كان فيه محاباة للمشتري والثمن مستهلك على وجه الإفساد كيف يكون حكمه . ينبغي أن لا يضمن شيئاً إذا أبطل القاضى بيعه كما قلنا في غير المحاباة . فصار تحصيل هذا أن المحجور إذا قبض الثمن واستهلكه على الوجه الذى له فعله كالتنفقة في الحج والزكاة والمهر كان قبضه قبضاً صحيحاً . فإن أجاز القاضى البيع لم يجب على المشتري غير ما نقده إلى المحجور عليه من الثمن . وإن أبطل القاضى البيع ففي ماله مثل ما قبض من الثمن . وقد يبيّننا وجه هذا . وإن كان استهلاكه على غير الوجه الذى يبيّننا ، وكان في البيع محاباة أو لم يكن ، فإن قبضه الثمن باطل وليس عليه شيء مما استهلكه من الثمن ، ولا للقاضى أن يجبر البيع كان فيه محاباة أو لم

(٣) ف : القاضى منعه . (٤) ف : كذلك .

(٥) ساقط من ف . (٦) ف : عنه .

(٧) مزيد هنا في ف ، ج : أكثر من .

(٨) من هنا إلى ملاحظة ٦١ ساقط من ف ، ج .

يكن) . ويلبى أن يكون هذا على قول محمد خاصة . فأما على قول أبي يوسف فيبلى أن يضمن مثل ما قبض من الثمن كما قال في استقراض الصبي من البالغ الحر . إن الصبي لا يضمن ما استهلك من القرض عند محمد ، وهو قول أبي حنيفة . وعند أبي يوسف يضمن . كذلك هذا ينبغي أن يكون على ذلك الخلاف الذي بين أبي يوسف ومحمد . وعلى قول أبي حنيفة هو مثل غير المحجور عليه يجوز تصرفه لأن الحجر عليه باطل . ووجه قول محمد في مسألة القرض ، وهو قول أبي حنيفة ، أن قول الصبي كلا قول إذا كان معجوراً . فصار كأنه قبض المال المستقرض ولم يضمن له رد مثله ، فلا ضمان عليه إذ قد سلطه القرض على استهلاكه // [ل ٨١ ب] لأن القرض يوجب التملك وجواز التصرف فيه . وإذا كان القرض قد سلط الصبي على استهلاكه ولم يكن من الصبي قول يوجب ضمان مثله ، إذ قوله كلا قول ، لم يلزم الصبي شيء . كرجل دفع مالا إلى صبي [قاصر]^(١) وأمره بالإنفاق على نفسه من غير إيجاب الضمان عليه فلا يجب على المدفوع [له] شيء للدافع ، فإذا صح هذا في مسألة القرض بنى محمد هذه المسئلة على تلك لأن قول المحجور عليه كلا قول فيما يلزمه من الضمان في ماله . وقد وجد من المشتري تسليطه على الثمن . وإذا استهلكه بأمره من غير إيجاب قول يوجب الضمان عليه لم يلزمه شيء . وعند أبي يوسف : لما كان الصبي ضامناً لما استهلكه على وجه القرض كذلك هذا ، ما استهلكه على وجه البيع يكون ضامناً إذ الدافع لم يوجب تسليطه عليه إلا على وجه البدل . فإذا لم يحصل له البدل رجع عليه بالمدفوع . وأما إذا كان الثمن قائماً بعينه فإن المشتري يأخذه متى ما أبطل القاضى البيع . وإن أجاز القاضى البيع سلم القاضى المبيع للمشتري وسلم الثمن للمحجور عليه ، لأن العقد إذا ارتفع عاد ملك^(٢) كل واحد منهما أن يرجع على صاحبه بما قبضه

(١٠) يعني مقبرة .

(١) ل ل لقط : أو مله .

منه . فهذه الوجوه كلها داخلة تحت مسئلة الكتاب . وقد أجل الخصاص جوابها وقال : { لا ضمان عليه فيما قبضه من الثمن } . وهذا غلط على هذا الإجمال . والجواب على ما فسرنا ^(١) .

مسئلة

323

{ وقال محمد في المحجور عليه يزوج ابنته أو أخته ومهما صغيرتان ، قال تزوجه باطل { من قبل أن عندنا ^(١) كل من لا يملك ولاية نفسه في التصرف لا يلي على غيره بدلالة المجنون والصبي لما لم يليا التصرف في مالهما لم يليا عقد النكاح على غيرهما . ^(٢) فإن قيل : إن هذا يلى عقد النكاح بدلالة أن له أن يتزوج فلذلك يبنى أن يزوج ، قيل له : إن يجر عقده للنكاح [فهو ليس] ^(٣) لأنه يلى عقد النكاح . ألا ترى أنه لو تزوج بأكثر من مهر مثلها لم يجر عليه الفضل ؟ فإذا كان كذلك قلنا إن جواز عقد النكاح بمهر المثل بمنزلة شراء شيء بمثل القيمة ، إن للقاضي أن يحوّله وإن لم يكن ذلك دليلا على جواز التصرف في ماله . كذلك جواز النكاح لنفسه بمهر المثل لا يدل على كونه وليا في إيقاع عقد النكاح على غيره ^(٤) .

324 قال : { ولو اختلف المحجور عليه والمشتري في البيع فقال المحجور عليه : اشتريته منى في حال الحجر ، وقال المشتري : اشتريته منك في حال الصلاح ، فالقول قول المحجور عليه { لأن المشتري يدعى تاريخاً متقدماً ^(١) ، ولا يملح ذلك إلا بقوله ، والمحجور عليه // [ل ٨٢ أ] يدعى الحال ،

(١) من ملاحظة ٨ إلى هنا ساقط من ف ، ج .

(٢) لا يملح المنى بدونه الزيادة ،

313 (١) ساقط من ف .

(٣) هذه الفقرة ساقطة من ف ، ج .

324 (١) ف : مهديا ،

فالقول قوله لكون الظاهر معه . قال ^(٢) : { فإن أقاما البينة ^(٣) على دعواهما فالبينة بينة المشتري } لأنه قد أثبت تاريخاً متقدماً ^(٤) ببينة ^(٥) تنسكربينة ^(٦) المحجور عليه ، فتكون بينة الإثبات أولى ^(٧) . { ولو أطلق عنه المحجور ثم اختلفا كذلك فقال المحجور عليه : اشتريته منى فى حال الحجر ، وقال المشتري : اشتريته قبل الحجر ، كان القول قول المحجور عليه { لليلة التى ذكرناها ^(٨) وهى أن المشتري يدعى إثبات تاريخ متقدم للحجر ، والمحجور عليه ينسكربذلك ، فالقول قوله ^(٩) .

فصل ^(١)

325

{ ولو اختلفا فقال المحجور عليه : اشتريته منى فى حال الحجر ، وقال المشتري : اشتريته منك بعد ما أطلق منك الحجر ، فالقول قول المشتري . ولا يشبه هذا المسئلة الأولى من قبل أن المشتري ها هنا لم يدع إثبات تاريخ قبل الحجر وإنما ادعى شراؤه بعد إطلاق الحجر عنه ^(٢) ، والمحجور عليه ادعى إثبات تاريخ قبل الإطلاق ، ولا يعلم هذا التاريخ ، فصار الظاهر ها هنا مع المشتري وصار المحجور عليه هو المدعى بخلاف الظاهر فعليه البينة على دعواه ، والقول قول المشتري على نفي ^(٣) تاريخ متقدم للإطلاق . وفى المسئلة الأولى ادعى المشتري الشراء قبل الحجر وادعى ذلك إثبات تاريخ متقدم للحجر ، والمحجور عليه ينسكربذلك وادعى أنه لم يقع العقد إلا فى حال الحجر ، والقول قوله إذ الظاهر معه .

(٢) ساقط من ف .

(٣) ل : لم بينة .

(٤) ساقط من ب .

(٥) ساقط من ف .

325 (١) فى ف ، ج . وفى ل بيانى .

(٢) ساقط من ف .

(٤) ساقط من ل .

(٥) مزيد فى ف ، ج هنا : فصل .

(٦) ساقط من ب .

باب المسئلة عن الشهود

326

قال : { والمسئلون عدول بعضهم على بعض في جواز الشهادة عند أبي حنيفة ما لم يظهر فسقهم ، ولهذا قال : لا أسأل عن الشهود إلا أن يطلع الخصم ^(١) في شهادتهم ، إلا الحدود فإنه يسأل عنهم احتياطاً ، وفي قول أبي يوسف ومحمد يسأل القاضي عنهم في كل ما يجرى مجرى الشهادات في الحقوق التي يحكم الحاكم ^(٢) بها } [ف ٦٩ ب] على المشهود عليه ^(٣) .

327 وقد روى أخبار كثيرة عن النبي صلى الله عليه والصحابة والتابعين ما يدل على صحة مذهب أبي حنيفة في كون المسلمين عدول بعضهم على بعض ما لم يظهر منهم فسق . وروى عن النبي صلى الله عليه أنه قبّل شهادة الأعراب ولم يسأل عن عدالتهم وقال دَمَنَ اسْتَقْبَلَ قَبْلَتَنَا وَأَكَلَ ذَيْبِئْتَنَا فَذَلِكَ الْمُسْلِمُ ، له ما لنا وعليه ما علينا ^(٤) . وهذا احتج الحسن البصري على إياس ابن معاوية حيث ردّ شهادة رجل : يا لُسُكْعَ لم رددت شهادة هذا ، أما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه قال كَيْتَ وَكَيْتَ ؟ فقال إياس : أيها الشيخ ، إن الله تعالى يقول ﴿ يَمُنُّ قَرَضُونَ مِنْ الشُّهَدَاءِ ﴾ ^(٥) ، وهذا عائن لا يُرَضَى بشهادته . إلا أن إياساً لم يشكر أن الأصل العدالة وإنما لم يقبل لأنه كان قد ظهر له ما يوجب سقوط الشهادة . وعن الصحابة أنهم كانوا يقبلون شهادة المسلمين من غير مسئلة تعديل الشهود . وكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه ،

(٢) ف : القاضي .

326 (١) ف : المشهود عليه .

(٣) ساقط من ف .

327 (١) من هنا إلى ملاحظة ٢قرة 328 ساقط من ل .

(٢) حديثان بنس المني في البخاري ، صلاة ، ٢٨ ، وأبي داود ، جهاد ، ٩٠ ،

(٣) سورة البقرة ، ٢ : ٢٨٢

بمحضر من الصحابة من غير تكثير من أحد منهم عليه ، إلى أبي موسى الأشعري : المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً في حد أو مجرباً عليه شهادة زور أو ظنّاً في ولاء أو قرابة^(١) . وقد روى عن كثير من التابعين مثل هذا . ومن جهة النظر أن الفسق معنى حادث والأصل العدالة ، فلا يجوز أن يُحكم عليه بالفسق ما لم يظهر منه ذلك . وإن كان هذا على ما وصفناه^(٢) ذهب أبو حنيفة إلى أن القاضى لا ينبغي له أن يسأل عن عدالة الشهود في غير الحدود كما يتّشأ .

328 قال الشيخ : وهذا إنما كان في الصدر الأول في زمن الصحابة والتابعين وتابعي التابعين إلى زمن أبي حنيفة . وما يدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وآله خير الناس القرن الذى بعثت فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يقشو الكذب^(٣) . فأخبر النبي صلى الله عليه وآله أنه خير الناس القرن الذى بُعث فيه وهم في قرن الصحابة ثم الذين يلونهم وهم التابعون ثم الذين يلونهم وهم تابعو التابعين . وأبو حنيفة كان من التابعين لأنه أدرك بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وعليه وأدرك من التابعين خلقاً كثيراً ، فأقل أحواله أنه كان من تابعي التابعين . فإذا كان كذلك حكم بحكم بأن المسلمين كلهم على العدالة ما لم يظهر منهم الفسق كما حكم النبي صلى الله عليه وآله^(٤) للقرن الأول ، إذ قد شهد رسول الله بأنهم خير الناس بعد الصحابة والتابعين ، ولم يخبر أن الكذب يقشو بينهم . أما بعد زمن أبي حنيفة ، رضى الله عنه ، فقد أخبر النبي صلى الله عليه وآله وسلم

(١) راجع تلك الرسالة أملاءقرة : 24 .

(٢) ف : تضع هنا نقطة للفصل ، أما ج فلا فعل ذلك .

328 (١) قابل ابن حنبل ج ٥ ص ٣٥٧ حيث الحديث بمعناه .

(٢) من ملاحظة ١ ققرة 327 إلى هنا ساقط من ل .

أن الكذب يفسد فهم^(٣) . وكذا تشاهد في اليرم لأن الأغلب في الناس غير
العدالة فلا [ف ٦٢ أ] بد من مسئلة الشهود في الشهادات [ل ٨٢ ب]
كما قال أبو يوسف وعبد راحة الله عليهما . قلنا كان كذلك حكم أبو حنيفة
رحمة الله عليه على الشهود بما شاهد^(٤) وظهر له من حالهم ، وحكم أبو يوسف
ومحمد على ما شاهداه من إظهار الفسق وإفشاء الكذب والزور . وأما الحدود
فإنما يجب عليه^(٥) أن يسأل عن تعديل الشهود لأن القاضي مأمور بالاحتياط
فيها . ألا ترى أنه ينبغي له أن يستثبت في أمر المشهود به فيقول^(٦) : ما زنا ،
وما سرق ؟ كذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لماعز حين أقر
د لعلك قبلت لعلك كذبت^(٧) . وقال للمرأة التي رُفعت إليه
د أسرفت ؟ قولي : لا . وقال : ما إخالها سركت^(٨) . وكان يقول
للشهود الذين يشهدون بالزنا : ما الزنا ؟^(٩) ، حتى يستثبت ثم يقيم على المشهود
عليه الحد ، لأن الإمام مأمور^(١٠) بالتوصل إلى درء الحدود . فإذا كان كذلك
قلنا في مسئلتنا : ينبغي أن يسأل الشهود عن^(١١) عدالتهم لكي يجرح في شهادتهم
ويُسقط الحد عن الشهود عليه .

(٤) ب : كان شامداً .

(٣) ف : بينهم .

(٦) ساقط عن ف .

(٥) ساقط من ل .

(٧) وراجع ابن حنبل ، ج ١ ، ص ٢٣٨ . والرجل هو ماعز بن مالك .

(٨) لم أقر على هذا الحديث في ولسنك ، ولكن واصل ابن حنبل ، ج ٥ ، ص ٢٩٢ .

حيث الحديث من رجل .

(٩) أنظر أباه داود ، حدود ، ٢٣ : د فهل عدري ما الزنا ؟

(١٠) ساقط من ل .

{ وينبغي للقاضي أن يتخير للمسئلة (٢) عن الشهود (٣) أو ثق من يقدر (٤) عليه وأعظمهم أمانة وأكثرم خبرة بالناس وأعلمهم بالتمييز فيؤليه (٥) المسئلة عن ذلك (٦) ويدفعها إليه في السر ، ويدفع إليه أسماء الشهود بأنسابهم (٧) ورجالهم وقيالهم ومعالهم (٨) ويسأل عنهم أهل الثقة والأمانة من جيرانهم من يصلح للمسئلة [و] عن (٩) يكون عدلاً ذنباً متيقظاً (١٠) غير مغفل { . أما قوله : ينبغي للقاضي أن يتخير لمسئلته (١١) عن الشهود أو ثق من يقدر عليه - وذكر الأوصاف - لأن المزكي قائم مقام القاضي في المسئلة (١٢) عن الشهود (١٣) . وكما أن القاضي ينبغي أن يكون ورعاً عيماً ذنباً ، فكذلك المزكي . ولهذا الممنى لم يجوزوا (١٤) تزكية عبد ولا كافر . وكذلك كل من لا (١٥) يجوز أن (١٦) يكون شاهداً (١٧) في الحقوق (١٨) فإنه لا يجوز أن يكون مزكياً كما لا يجوز أن يكون قاضياً ، إذ قد قام مقام القاضي في ذلك . وأما دفع القاضي أسماء الشهود وأنسابهم إلى المزكي سرّاً فلا نه لو دفع ذلك إليه جهراً لم يأمن أن لا (١٩) يتوصل إلى استنبات عدالتهم (٢٠) حسب الواجب ، إذ قد يجوز أن يكون الشاهد رجلاً خطيراً عظيماً (٢١) القدر لا يحسر المزكي

328 (١) ل : ينلو مسئلة .

(٢) ف : لمسئلة .

(٣) خير واضحة ل : ل .

(٤) ف : مسائلة .

(٥) ف : بأسمائهم .

(٦) ل : فعدلهم .

(٧) ساقط من ف .

(٨) ساقط من ف .

(٩) ف : لمسائلة .

(١٠) ل : الشهود .

(١١) ف : يجوزوا .

(١٢) ساقط من ل .

(١٣) ساقط من ف .

(١٤) ل : لم .

(١٥) ل : عدالتهم .

(١٦) ل : أصلي .

ولا المسئول^(١٧) عن عدائه أن يتكلم فيه بشيء خوفاً من هيئته . وأما إذا أصطاه
سراً فليس هذا المعنى موجوداً لأنه لا يقف على الزكي الذي زكاه
أو أسقطه^(١٨) . لهذه العلة يلغى أن يسأل المزكي أيضاً جيران الشهود عن
عدائهم // [ل ٨٣ أ] سراً دون الجهر . ويجوز أن يكون المزكي واحداً
عدلاً^(١٩) عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، امرأة كانت أو عبداً أو // [ف ٦٢ ب]
عدوداً^(٢٠) في قذف ، والاثنين أفضل . وعند محمد لا يقبل تعديل الواحد
حتى يكونا رجلين^(٢١) . وهذا عند أبي حنيفة إذا طعن المشهود عليه في شهادته
أو كانت الشهادة في حدٍّ ، فأما إذا كانت الشهادة في غير حدٍّ ولم يطعن للمشهود
عليه في شهادته فهو عدل عنده لا يحتاج إلى تعديله على ما بينا فيما تقدم . فإذا
كان كذلك قلنا إن أبا حنيفة ذهب إلى أن التعديل ليس بجري مجرى الشهادة
لأنه ليس يقع بتعديلهم حكم على أحد ، وإنما هو خبر بصلاحه وورعه كسائر
أخبار^(٢٢) الديانات التي ليس طريقها الشهادة مثل الشهادة على رؤية الهلال
ونحوها ، فلا تحتاج إلى احتياط شرائط الشهادة . والذي يدل على أن هذا
لا يجري مجرى الشهادة أن المزكي لو كان قوله على وجه الشهادة لكان شاهداً
على شهادة المسئول عن أمر الشاهد^(٢٣) ، فكان يلغى له^(٢٤) أن لا يشهد
^(٢٥) عند القاضي بمقالة الشاهد حتى يشهد المسئول عن شهادته ، فيقول له :
أشهد على شهادتي بكسوف هذا الرجل عدلاً مستوراً ، وكان يلغى للمزكي أن
يقول للقاضي : أشهد أن فلاناً قد أشهدني على شهادته على حسب ما يقول
الشاهد على الشهادة . فلما اتفق الجميع على أن المزكي ليس عليه أن يجهر القاضي

- | | |
|-----------------|------------------|
| (١٧) ف : المزكي | (١٨) ف : استلجه |
| (١٩) ساقط من ف | (٢٠) ساقط من ل |
| (٢١) ف : احسان | (٢٢) ل : الشهادة |
| (٢٣) ساقط من ل | (٢٤) ف : للقاضي |

على هذا الوجه دلّ على أن خبره لم يجرى بحرى الشهادة .^(٢٦) وأيضاً لو كان يجرى بحرى الشهادة لوجب أن لا يقبل منه القاضى حتى يأتى بلقظ الشهادة^(٢٥) على شهادة ، وإنما هو خبر فينبى أن يقبل عن واحد عدل كما يقبل في الدّهات وأخبار الأحاد^(٢٦) . وأيضاً كما جاز قضاء قاضٍ واحد جاز تركية مزكّ واحد إذ هو قائم مقام القاضى في المسئلة عن التمديل . فأما محمد فإنه ذهب^(٢٧) إلى أن شهادة الشهود تكون موقوفة على تركية المزكى وتصير الشهادة شهادة صحيحة بالتركية^(٢٨) ، فإذا كان كذلك صار مثل الشهادة على سائر الحقوق . فإذا كان هذا على ما وصفنا قلنا إن المزكى يسأل جيران الشهود عن عدالتهم سرّاً^(٢٩) ، فإن قال المستول : هو عندى جائز الشهادة ،^(٣٠) أخبر صاحب المسائل القاضى سرّاً^(٣١) فقبل القاضى ما يأتى به هذا //

[ل ٨٣ ب] الرجل من التمديل في قول أبى حنيفة وأبى يوسف ولا يقبل في قول محمد حتى يكونا رجلين^(٣٢) على ما بيناه^(٣٣) .

330 قال الخصاص : { وللقاضى^(١) أن يستظهر برجل آخر للمسائل ، وهو الأفضل عند أبى حنيفة . فإذا أتاه الأول بشئ من أمر الشهود ودفع إلى الآخر أيضاً أسماء الشهود وأمره بالمسئلة عنهم ولم يعلمه ما جاء به الأول ، فإن أتى بمثل ما جاء به الأول أنفذ ذلك وأمر الطالب أن يأتى بقوم يعدلونهم في العلانية . فإذا جاء من يعدلهم علانية [و] الطالب والمطلوب والشهود

(٢٥) كلتان غير واضحين . (٢٦) ساقط من ف ، ج .

(٢٧) ف : يذهب . (٢٨) ساقط من ف .

(٢٩) ساقط من ف .

(٣٠) ف : ردها صاحب المسائل إلى القاضى في السر .

(٣١) ساقط من ف .

330 (١) ف : والرأى للقاضى .

[يسأل^(١)] القاضى المعدّلين عن رجل رجل من الشهود // [ف ٦٣ أ]
عن اسمه واسم أبيه وعدائه ، فإذا بينوا ذلك أنفذ شهادتهم | . أما تعديل السر
فإنما أعطى القاضى اسم الشاهد^(٢) ونسبه إلى الأول وإلى الثانى^(٣) ، بعد إتيان
الأول بما صح عنده سرّاً فلأننا قد بينا أن الأوثق في تعديل السرّ أن
لا يعلن ، فلا فرق بين أن يظهر للناس وبين أن يظهر ما أخبر به الأول
للتانى^(٤) .^(٥) وإنما قال إنه يدفع إلى الثانى أسماء الشهود ويأمره بالمسئلة عنهم
ولا يعلم بما جاء به الأول من قبل أنه إذا علم بذلك جاز^(٦) أن يستبين
في أمر الشاهد ما لم يستبته الأول من العدالة والجرح . وإذا وقف على ما أتى
به الأول^(٧) اقتصر على ذلك واقتدى به^(٨) ، فلا يلغى للقاضى أن يعلمه
بالخبر^(٩) الأول . وإذا أتى الثانى^(١٠) بمثل ما أتى^(١١) به الأول من التعديل أنفذ
ذلك تعديل السرّ . وأما تعديل العلانية فإنه يسأل الجيران وأهل السوق
بعد ذلك جهراً حتى إن وقف إنسان على شيء من أمره لم يكن تحمله المستول
عن أمره سرّاً أخبره به لأنه يجوز أن يكون قد رأى منه بعض الناس ما يوجب
سقوط الشهادة ، وإن كان الذين سألم عنه سرّاً لم يروا منه إلا سراً^(١٢) .
فإذا كان كذلك لم يكن بد^(١٣) من السؤال في العلانية بعد إثبات التعديل
سرّاً . فما لم يأت أحد بشيء يوجب سقوط عدالة عدله القاضى بمحضر من
الطالب والمطلوب وأنفذ شهادته . وإنما احتج إلى حضور الطالب والمطلوب
من قبل أن الحكم يقع بشهادتهم على المشهود عليه^(١٤) والمشهود له^(١٥) بعد

(٢) ف ، ل : لم يسأل ولعل الصواب ما أثبتناه ، وقد ورد كذا في ج .

(٣) ل : الأول والثانى . (٤) ل : والثانى .

(٥) ف : وأيضاً فإن الثانى إذا لم يخبر بما أتاه يجوز .

(٦) ساقط من ل . (٧) ساقط من ل .

(٨) ساقط من ل . (٩) ل : خها .

(١٠) ف : له . (١١) ساقط من ف .

التزكية فلا بد من إحضار الطالب والمطلوب عند وقوع القضاء^(١) بالحق للطالب على المطلوب .

331 قال الخفاف : { وإنما احتيج إلى تعديل العلانية لأن لا يُسعى رجل باسم رجل } . وهذا أيضاً جائز^(٢) غتمل // [ل ١٨٤] .

مسألة

332

قال^(١) : { وإن اختلف أصحاب المسائل على القاضي فأتى أحدهما بتعديل الشهود وأتى الآخر بخلاف ذلك مما يسقط^(٢) عدالة القوم^(٣) امتحن القاضي ذلك بنفسه ونظر ما السبب^(٤) في ذلك ، فإذا صح عنده أحد الأمرين أمضاه } .

333 قال الشيخ : إذا تساوت^(١) شهود صاحب^(٢) المسائل في التعديل والجرح فالجرح أولى ، فإن فصل عدد بعضهم على بعض فأكثرهم عدداً أولى^(٣) إذا كان البعض^(٤) ما دون الرجلين . ومعنى^(٥) ذلك أن يأتي أحدهما بعدائه والآخر بجرحه ، فالجرح أولى على ما قال الشيخ^(٦) . وإن أتى [أحد^(٧)]

(١٢) غير واضحة في ل .

331 (١) ساقط من ل .

332 (١) ساقط من ف (٢) ل : به عدالته .

(٣) ل : السبب .

333 (١) ل : أخيار أصاب . (٢) ل : يعني .

(٣) ف : وتخير .

(٤) مزيد هنا في ل وهو تحريف : وكذلك إذا كانا اثنين واثنين بعد أن أتى البات الجرح وواحد تساوى في العدد .

(٥) الأصل : أحدهما .

بالجرح وآخران بالتعديل فالعدالة أولى ، وإن أتى اثنان بالجرح وواحد بالعدالة فالجرح أولى ^(١) وحكم الاثنین فافوقهما واحد ^(٢) . // [ف ٢٣ ب] .

384 قال أبو بكر إن التسوية توجب الوقوف في الشهادة ولا توجب ترجيح الجرح على العدالة ، فإن أتى شاهد آخر على العدالة حكم بالعدالة وإن لم يجر لنا أن نقطع عليه الحكم ^(١) وذلك لأنه إذا شهد أحدهما بالجرح والآخر بالتعديل ^(٢) لم يجر لنا أن نقطع عليه الحكم بالفسق لشهادة الواحد ^(٣) فلا يوجب خبر الواحد أكثر من الوقوف فيه . وكذلك لا يجوز أن يحكم بدلالته بشهادة الواحد . وإذا كان كذلك وقفنا في شهادته حتى يتضم إلى إحدى الشهادات شهادة شاهد آخر ^(٤) لحينئذ يقطع بما شهد عليه الشاهد ويحكم به ولا يلتفت إلى شهادة شاهد واحد لأنه لا يُقطع به الحكم ^(٥) . وأما إذا شهد اثنان بالعدالة واثنان بالجرح فإنما الجرح أولى ^(٦) من قبل أن العدالة هي الأصل والجرح بالفسق وغير ذلك معنى حادث على الأصل ، فتكون شهادة الإثبات للمعنى الحادث أولى من الشاهدين الذين شهدا على الأصل ^(٧) . فذلك قلنا إن الجرح أولى من العدالة إذا تساوى ^(٨) في الشهادة عدد الشهود الذين يتعلق بهم الحكم .

(١) ساقط من ل .

384 (١) ساقط من ف .

(٢) ف : فلا يجوز لنا أن نقطع عليه بالحكم بالفسق بشهادة الواحد .

(٣) ف : فإن جاء بشاهد آخر يشهد له بالعدالة حكمنا بدلالته ولا نحكم بنفسه لأن شهادة رجلين شهادة صحيحة يقطع بها الحكم وشهادة الواحد أقوى يشهد عليه بالجرح لا يقطع بها الحكم ، فيبني أن يحكم بدلالته ولا يحكم عليه بالفسق .

(٤) ف : لأن المعنى الموجب لإسقاط الشهادة من جهة الجرح بالفسق أو غير ذلك معنى حادث والعدالة هي الأصل ، فشاخص (كذا) الإثبات للمعنى الحادث أولى من الشاهدين الذين يشهدان على الأصل .

(٥) ل : تساوى ، ف : تساوىوا . والصحيح : التفتد .

ولما قيدنا هذا اللفظ بكون عدد الشهود الذين يتعلق بهم الحكم لكي لا يظن ظان أن شهادة الثلاثة على العدالة أولى من شهادة الاثنين على المرجح لأن حكم الاثنين وما فوقهما بمنزلة أن الحكم إنما يتعلق بشهادة الاثنين منهم ، فلا اعتبار بما فوق الاثنين .

335 قال : { وإذا لم يكن في [ل ٨٤ ب] جيران الشهود من يصلح للمسئلة عنهم من أهل الثقة وكانت لهم أسواق فيها من يصلح للمسئلة عنهم من أهل الثقة والأمانة^(١) سألهم عنهم { من قبل أن الغرض في هذا أن يتوصل القاضي إلى معرفة عدالتهم . فإذا لم يتوصل إليه من جهة الجيران جاز له أن يتوصل إلى ذلك من جهة أهل السوق .

336 قال : { وإن كان الشهود شهدوا على حد^(٢) أو قصاص سأل عنهم جيرانهم ويبحث عن ذلك بحثاً شافياً حتى يستقصى معرفة ذلك { وذلك^(٣) لما يثبتنا أن القاضي مأمور بالترصل إلى إسقاط الحدود فيلزم أن يستثبت^(٤) في أمر عدالة الشهود^(٥) كي يجد سبيلاً إلى دمه الحد بوجه من الوجوه فيسقطه .

337 قال : { وإن سأل عنهم صاحب المسائل فطعن فيهم بشيء فأنى به القاضي قال للدعي : زدني شهوداً ، أو قال : لم يكمل^(١) شهودك عندي { .
(٢) قال الشيخ : كذا يلزم أن يفعل ذلك ولا يصرح^(٢) بفسقهم ، وإنما

335 (١) ساقط من ف .

336 (١) ف : حدود . (٢) ساقط من ل .

(٣) ف : أمر الشهود في العدالة .

337 (١) كذا في ج ، وهو الصواب . في ف : يحد ، وفي ل : يحد .

(٢) الكلمة غير واضحة والأرجح ما أثبتناه .

يقول : زدني شهوداً^(٢) ، أو نحو هذا . " فإن أتى المشهود له بمن يمد لهم " من أهل الثقة والأمانة فإن القاضي ينبغي له أن يعيد المسئلة على أولئك الذين // [ف ١٦٤] طعنوا فيهم فبأسألم بما يطمنون عليهم . فإن سمعوا شيئاً يوجب سقوط العدالة كان الجرح^(٣) أولى من التعديل . وهذا^(٤) على ما يتنا إذا كانت شهود الجرح مساوية لشهود العدالة فيما يتعلق به الحكم مثل أن يشهد اثنان بالجرح واثنان فـأ فوقهما بالعدالة ، أو شهد واحد بالجرح وواحد بالعدالة ، فيكون الجرح^(٥) أولى لأن شهود الجرح قد شهدوا بمعنى حادث وقع لهم العلم به ولم يقع لشهود العدالة علم بذلك ، فصار مثل شاهدين شهدا لرجل بحق واجب عليه وشاهدين فـأ فوقهما شهدوا أنه ليس عليه شيء فلا يلتفت إلى شهادة^(٦) الذين شهدوا أنه ليس عليه شيء^(٧) فكان الإثبات أولى من النفي . وهكذا كما نقول في الأخبار إن المثبت لمعنى حادث أولى من غيره .^(٨) ولذا قلنا في تزويج المحرم إن خبر من أخبر أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج في حال إحرامه أولى من خبر الذي أخبر أنه تزوج في حال إحلاله من قبل أن الذي أخبر أنه تزوج وهو محرم قد علم منه معنى في حال التزويج تجهله الآخر ، إذا الأصل الحل ، والإحرام معنى طار ، فن أخبر بمعنى طار كان خبره أولى لأن الآخر إنما شهد على ظاهر حاله ولم يعلم منه إحرامه في تلك الحال ، والآخر قد علمه ، فالخبر المثبت أولى كما قلنا في رد النبي صلى الله عليه عليه زينب ابنته إلى زوجها بنكاح جديد^(٩) أنه أولى من قبل أن الذي أخبر أنه ردها بالنكاح الأول ، وهو ابن عباس ، لم يعلم تجديد النكاح ،

(٢) ساقط من ف ، ج

(٤) ل : فإن أتى المشهود له أن يمد لهم .

(٥) ف : الجراحة . (٦) ساقط من ل .

(٧) ساقط من ل . (٨) ف : النفي .

(٩) أنظر أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ٢٠٨

فإنما أخبر عن ظاهر الحال ، والآخر قد علم منه تجديد الذكاح فكان خبر هذا الذي أثبت تجديد الذكاح أولى من خبر ابن عباس ^(١١) فردّ مسئلتنا إلى الأخبار الأولى من ردّها إلى الشهادات خاصة على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف ورحمة الله عليهما ، لأن الشهادات غير مقبولة على الأصل ^(١٢) وإنما تُقبل على ^(١٣) المعاني الحادثة ^(١٤) ألا ترى أننا لا نقبل شهادة من في يده شيء له لأن الظاهر أنه له فلا نفيدنا ^(١٥) الشهادة بذلك شيئاً ، ونقبل شهادة شهود ^(١٦) [ل ٨٥ أ] المدعى بأنه له لأنهم شهدوا على معنى حادث خلاف الظاهر . فلو حُجّت مسئلتنا على الشهادة لوجب أن لا تقبل شهادة الشهود على العدالة لأن العدالة هي الأصل والفسق هو المعنى الحادث . فإن قيل ^(١٧) إن العدالة أيضاً معنى حادث لأن الإنسان لا يكون عدلاً إلا بأداء الفرائض والقيام بأمر الله تعالى ، قيل له : كذا هو العدالة أيضاً معنى حادث من هذه الجهة ^(١٨) إلا أن ^(١٩) الأصل في المؤمنين قيامهم ^(٢٠) بحق الله تعالى وأداء الفرائض ، والفسق معنى ^(٢١) طارىء كما نقول إن الأصل في الموجود في دار الإسلام هو الإسلام والكفر طارىء عليه ^(٢٢) لأنه معنى حادث ^(٢٣) ، فلا يحكم عليه بالكفر ما لم يعلم حدوثه ويحكم له بالإسلام وإن كان الإسلام معنى حادثاً في الحقيقة . إلا أنه لما كان حكم دار الإسلام أن يكون الناس مسلمين حكمنا لهذا بأنه مسلم . كذلك مسئلتنا . وإن كانت العدالة إنما هي أداء الفرائض والقيام بحقوق الله تعالى ^(٢٤) وهي معنى حادث فإن الأصل في المسلمين القيام

(١٠) ساقط من ل . (١١) ف : الظاهر .

(١٢) ف : المعنى الحادث . (١٣) ل : تقبل .

(١٤) ان صفحتي ٦٥ ب و ٦٦ أ من غلطوة ليدن ما تكرير واعادة لما ورد سابقاً ابتداء من منتصف فقرة 334 ، ولذلك أغفلنا ، وانقلنا الى السطر الثالث من ٦٦ ب .

(١٥) ف : قال قائل . (١٦) ل : لأن . (١٧) ساقط من ف . (١٨) ف : منهم . (١٩) ل : لأن . (٢٠) ف : قال قائل . (٢١) ل : لأن . (٢٢) ف : منهم . (٢٣) ل : لأن . (٢٤) ف : منهم .

بإداء الفرائض^(١٩) ، فلا يحكم عليهم بخلاف ذلك^(٢٠) إلا أن^(٢١) يُبيّن لنا خلافه . فإذا كان كذلك ثبت أن الأصل العدالة ، والفسق طارىء فلا محل الأمر على^(٢٢) الشهادة على ما قال محمد لوجب أن لا يجوز شهادة شاعدي التعديل . وهذا خلاف الإجماع إذ المسلمون قد اتفقوا على قبول شهادة شاعدي التعديل .

338 قال : { وإن عدلهم أولاً وطعن المشهود عليه فهم بشئ . وقال القاضي : أعيد المسئلة عنهم فسأل القاضي عنهم قوماً آخرين فقات فقالوا : نرفهم بكذا ، فسموا أمراً يُسقط عدالتهم أسقطهم ولم يجوز شهادتهم { ، وذلك أن تعديل المتقدمين لهم لم يمنع طعن الطاعنين فيهم . فيدعى للقاضي إذا طعن فهم طاعن أن يستثبت عدالتهم ويسأل قوماً آخرين ، لأنه يجوز أن يكون الأولون لم يقفوا على أمرهم في الجرح وما يوجب سقوط العدالة ، وهؤلاء قد وقفوا عليه وأخبروه بذلك ، فوجب أن يُسقط عدالتهم^(٢٣) .

339 قال : { وقال أبو حنيفة : لو أن شهوداً^(٢٤) شهدوا على رجل بحق فأقام المشهود عليه شهوداً شهدوا أن هذا المدعى استأجر هؤلاء الشهود ليشهدوا له على هذا فإن القاضي لا يلتفت إلى شهادة هؤلاء الآخرين // [ل ٨٦ ب] بالإجارة { . قال أبو بكر : من قبل أن الإجارة لا تثبت بغير خصم كالبيع وغيره ، والمستأجر الذي ادعوا عليه^(٢٥) بأنه استأجر الشهود^(٢٦) لم يدع الإجارة ، وكذلك المؤاجرون الذين أحسروا أنفسهم للشهادة على زعم هؤلاء الشهود^(٢٧)

(٢٠) ف : ما لم .

(١٩) ساقط من ل .

(٢١) ل : لى .

338 (١) ساقط من ف .

(٢٢) ساقط من ف .

339 (١) ل : قوما .

(٢٤) ل : الذين شهدوا .

(٢٥) ل : الشهود بأنه مستأجر .

^(٥) ليس يدعون الإجارة^(٥) فلا يجوز إثبات الإجارة عليهم من غير دعوام .
فإذا كان كذلك لم يلتفت إلى شهادة الشهود بذلك ^(٦) وقد بينا فيما تقدم نفاذ ذلك من المسائل ^(٦) .

340 قال : { ويقبل تعديل الوالد لولده والولد لوالده وكل ذى ^(١) رحم محرمة منه ^(١) } . وهذا أيضاً شاهد لأبي حنيفة وأبي يوسف على محمد لأنه لو جرى ذلك جرى الشهادة لم يقبل تعديل الوالد لولده ولا تعديل الولد لوالده كما لا يجوز شهادة أحدهما للآخر ^(٢) ثبت بذلك أنه إخبار فيكون هو وسائر الأجنيين سواء ، إذ هو من أمور الديانات ^(٣) .

341 قال : { وقال أبو حنيفة وابن أبي ليلى وأبو يوسف : شهادة أهل الآهواء جائزة بعضهم على بعض إذا كانوا أهدولا إلا صنفاً من الرافضة يقال لهم الخطائية ^(١) ، فإنه ^(٢) بلغت هتيم ^(٣) أن بعضهم يصدق بعضاً فيما يدعى إذا حلف ، ويشهد بعضهم لبعض } . قال الشيخ ^(٤) : ليس يعرف في قبول شهادة أهل الآهواء بعضهم على بعض خلاف // [ف ٦٥ أ] إلا هذا الصنف ، يعني ^(٥) الخطائية فإنهم يشهدون بما لا علم لهم به إلا من جهة المشهود له ، فلا تقبل شهادتهم لأن الله تعالى قال : ﴿ إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ لَا يَعْلَمُونَ ﴾ ^(٥) ، ^(٦) وقال تعالى : ﴿ وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً ﴾ ما ليس لك به علم ^(٦) .

(٥) ساقط من ل . (٦) ساقط من ل .

340 (١) هذه الكلمات غير واضحة ل ل .

(٢) ف : وإنما جاز ذلك لأنه يجري مجرى أخبار الديانات دون الشهادة لما هو وسائر الأجنيين بمنزلة .

341 (١) انظر فهرست الأعلام . (٢) ل : بلغت .

(٣) ساقط من ف . (٤) ل : من .

(٥) سورة الزخرف ، ٤٣ : ٨٦ .

(٦) سورة الإسراء ، ١٧ : ٣٨ . وهذا الآية في ل .

342 { وقال أبو يوسف : أما رجل أظهر شئمة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم لم أقبل شهادته { ، من قبل ^١ أنه لو شتم سائر الناس والجيران لا تقبل شهادته ^٢ لأن هذا كجانة وسخف ، فشفتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرى ^٣ أن يمنع الشهادة ^٤ .

343 قال : { ولا يجوز شهادة أصحاب المصيبة وقطاع الطريق والمتلصصة وأصحاب الفجور بالنساء ومن يعمل عمل قوم لوط ^١ يمتن إيمان الذكران ^٢ ومن يشرب الخمر ويسكر من النيزد ويجلس بمجالس المجانة على الشرب والفجور ، وإن لم يسكر ، والمنفى والمنعبة ، والناخ والناخة { . أما قطاع الطرق والسرقات ^٣ وأصحاب الفجور بالنساء والرجال وشارب الخمر فإنهم 'فساق' ^٤ ليس في إبطال شهادتهم خلاف ^٥ لأن الله تعالى ^٦ قد أوعد على فعلهم ^٧ العذاب ^٨ فقال في قطاع الطريق في آية المحاربين ^٩ { إنما جزاء الذين يُحاربون الله ورسوله { إلى قوله { ولهم في الآخرة عذاب عظيم } ^{١٠} . // [٨٧ أ] وقال تعالى في السارق { فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا } ^{١١} فبين أن القطع يكون على وجه العقوبة فصار ^{١٢} الفعل نفسه ^{١٣} موجباً للعقوبة . ^{١٤} ولا تكون العقوبة إلا على فعل الظلم ، والظالم مستحق النار ^{١٥} . كذلك

342 (١) ل : أن شهادة الفاني [العام] فانس والجيران لا يجوز .

(٢) ساقط من ف .

343 (١) ساقط من ل . (٢) ف : والمتلصصة .

(٣) ف : ليس فيه خلاف في بطلان شهادتهم .

(٤) ف : قد أوعدهم على فعلهم .

(٥) ل : في قطاع الطريق أو هو قوله تعالى .

(٦) سورة المائدة ، ٣٣ : ٥ .

(٧) سورة المائدة ، ٣٨ : ٥ . (٨) ل : نفس الفعل .

(٩) ف : ولا يكون المحارب على شبه إلا فاسقا . ثم بين لنا في آخر الآية أنه ظالم فقال : فني تاب من بعد ظلمه وأصلح ، والتظلم يكون للأمر الظالم والظلم يصحق النار :

المتلصعة^(١١) لأنهم مثل قطاع الطرق^(١٢). وأما أصحاب الفجور بالنساء والرجال فهم فساق أيضاً لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما ﴾^(١٣) الآية ، ^(١٤) فقد أورد عليه العذاب بقوله ^(١٥) ﴿ ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلقَ أثاماً يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهاناً ﴾^(١٦) . وكذلك ^(١٧) من حيل - حيل ^(١٨) قوم لوط ^(١٩) مثل هذا في باب التنسيق^(٢٠) ، ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء بل أنتم قوم مُفسدون ﴾^(٢١) ، وقال ^(٢٢) في موضع آخر ﴿ أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين ﴾^(٢٣) ، فذمهم على ذلك العمل . وهذا الذي ذكرناه ليس فيه خلاف بين الناس أن صاحبه فاسق غير مقبول^(٢٤) الشهادة . وكذلك شارب الخمر ^(٢٥) لأنه قد أتى بما تحرم عليه بنص الكتاب^(٢٦) . وأما شرب النبيذ وإن كان حلالاً عند أبي حنيفة فإن السكر منه حرام يوجب الحد ويقتضي صاحبه فلا تجوز شهادته . وأما الذي يجلس يجالس الفجور والمجانة على الشرب فلأنه لو كان عدلاً لم يرض من نفسه بالسكوت عنهم على تلك الحال ، فكيف الجلوس معهم ؟ ^(٢٧) لأن الله أمر بالنهي عن المنكر ، فهو قد لزمه نهى المنكر وتغييره قلباً لم يغيره وقعد معهم // [ف ٦٥ ب] ورضى به صار كواحد منهم ، وإن كان نفس الجلوس لا يعلم أنه فسق أو غير فسق^(٢٨) . وكذلك الفناء والنوح من أفعال الفسقة ^(٢٩) لأنه محرم قد ورد بذلك أخبار كثيرة^(٣٠) . وكذلك اللاعب بالخمارة ومطيرها ^(٣١) وغيرها من

- | | |
|------------------------------|------------------------------------|
| (١٠) ساقط من ل . | (١١) سورة الزور ، ٢ : ٢٤ . |
| (١٢) ل : وقال تعالى . | (١٣) سورة الفرقان : ٦٨ - ٦٩ . |
| (١٤) ف : حمل . | (١٥) ساقط من ل . |
| (١٦) سورة الأعراف ، ٧ : ٨١ . | (١٧) نفس السورة : ٨٠ . ساقط من ف . |
| (١٨) ل : مبتذل . | (١٩) ساقط من ف . |
| (٢٠) ساقط من ل . | |

(٢١) ف ١ وإن لم يعلم لمجانب الفسق بنفس الفعل من قبل أنه حرم ، يعني الفناء والنوح ، فلا تقبل شهادة فاعله .

الطهور^(٢٢) ومن يلعب بالشطرنج المقامر عليه أو من يشتغل عن الصلاة به أو من 'يكثر الحلف عليه بالكذب والباطل'. (٢٣) أما اللعاب بالحمام وغيره والمطير لها فلا نه يحلف فلا تقبل شهادته لهذا المعنى ، لا لانا نحكم له بالفسق^(٢٤).

344 قال الشيخ : وكذلك كل فعل يدل على محض فاعله ، فإن الفاعل يسقط عن العدالة وإن لم يعلم فسقه بذلك الفعل . ألا ترى أن رجلاً شيخاً لو " قام فصارع " الصبيان في الجامع بين يدي الناس أو وقف على الناس في الأسواق وتكلم بالسف والهرل^(٢٥) أننا لا نقبل شهادته وإن لم 'يحكم بنفسه بذلك ؟ (٢٦) فقد علمت أن الشهادة لم يقتصر في جوازها على زوال الفسق فقط ، وقد احتيج^(٢٧) في جوازها إلى شرائط أخر نحو الحرية وغيرها ، وكذلك نفي^(٢٨) السف يجوز أن يكون شرطاً في [ل ٨٧ ب] جواز الشهادة وإن لم يوجب الفسق . (٢٩) وأما اللعب بالشطرنج فإنما شرط فيه القمار أو ترك الصلاة لأجله أو كثرة الحلف بالكذب لأن الناس ليس يستعملونه كعظيم سائر الملامى^(٣٠).

345 قال الحنفى معطوفاً على رواية أبي يوسف : { وإذا ترك الرجل الصلوات في الجماعة استخفافاً بذلك أو بجهالة أو فسقاً لم تهر شهادته^(٣١) ، {

(٢٢) ساقط من ل . (٢٣) ساقط من ل .

344 (١) ف : لا كم وصارع . (٢) ل : والردا [٩]

(٣) ل : فثبت بذلك أن الشهادة لم يقتصر في جوازها على جواز الفسق عن العامة فقط ، بل احتيج . (٤) ف : غير .

(٥) ل : وما ذكره كله من اللعب بالحمام ونظيرها والشطرنج واللعب به وغيره مما ذكره سخط يوجب أن يبطل به شهادته .

345 (١) ساقط من ل .

وهذا إنما يريد به الاستخفاف والتهاون والتكاسل فيه ، ولم يرد به الاستخفاف على وجه التهزى لأنه لو فعل ذلك ^(٢) كفر بالله وعار مرتداً لأن الاستهزاء بالشرعية يوجب التكفير . فسنئلتا المراد بها الاستخفاف على وجه الكسل والتهاون ^(٣) .

346 قال : { وآكل الربا ^(١) لا تجوز شهادته } لأنه فاسق . قال : { وإن كان الرجل يلعب بشيء من هذه الملاحى وذلك لا يشغله عن الصلاة ولا عما يلزمه من الفرائض ، فإن كان من الملاحى التى ينتسب أهلها ^(٢) إلى المجانة وهى مستبشرة لم تجز شهادته ، وإن لم تكن مستبشرة وكان الخير فيه أكثر جازت شهادته } ، لأن هذا ليس بفاسق ولا يصفى إذ الملاحى // [ف ٦٦ أ] غير مستبشرة وإنما هى مثل اللعب بالشطرنج من غير أن يقامر ^(٣) عليه ومن غير أن يشغل به عن الصلاة وعما يلزمه من الفرائض ، فلا يمنع ذلك قبول شهادته .

347 قال : { وإذا شهد رجل أن هذا ليس بعدل لم يقبل ذلك منه القاضى حتى يفسر له } لأنه ربما يكون المعنى الذى يسقط ^(١) عدالة المشهود عليه لا يوجب إسقاط العدالة عند القاضى ، فلا بد من أن يستفسره ويقول : لآى معنى قلت أنت إنه غير عدل ؟ وإن أتى بمعنى يوجب سقوط العدالة أسقطه عن العدالة إذا كان معه غيره على ما بينا ، وإن لم يأت بمعنى يوجب إسقاط العدالة لم يُسقطه .

(٢) ل : كان كافراً فبان .

(٣) ل : أهله .

346 (١) فى الروا .

(٢) ل : يقام .

347 (١) مزيد ل : نعمنا : هذا .

{ وإذا قال المشهود عليه للقاضي : إن هؤلاء الشهود عييد ، وقال الشهود له : نحن أحرار ، فإن القاضي يكلفهم إقامة^(٢) البينة على كونهم أحراراً سواء ادعوا الحرية الأصلية أو المحدثه^(٣) } لأن الناس أحرار في الأصل إلا في أربعة أشياء : الشهادة والقصاص والحدود والعقل^(٤) ، لأن الظاهر لا يستحق به (٥) على الغير^(٥) عندنا ، وإنما يدفع به الدعوى عن نفسه . فمن لو قبلنا شهادة هؤلاء وحكنا بالظاهر أنهم أحرار الأصل واستحقنا^(٦) الحق المشهود به على المشهود عليه كنا قد استحقنا ذلك بالظاهر على الغير . وهذا غير واجب إذ قد ثبت في الأصول^(٧) أن الظاهر لا يستحق به على الغير^(٨) . فإن قال الشهود للقاضي : سأل عنا^(٩) ، فإن القاضي // [ل ٨٨ أ] لا^(١٠) يقل ذلك^(١١) منهما ويكلفهما^(١٢) إقامة البينة على الحرية . وإن شاء سأل منهم ، فإن شهد على كونهما حرين رجلان عدلان حكم بحريتهما ونفذت شهادتهما . قال^(١٣) : { ^(١٤) والأحسن أن لا يسأل^(١٥) حتى يقيم البينة على الحرية } لأن هذا ليس يلزم القاضي فلا ينبغي له أن يتكلف^(١٦) ويسأل الناس^(١٧) هل هم^(١٨) أحرار أم لا .

-
- | | |
|--|------------------------|
| 348 (١) ساقط من ل . | (٢) ساقط من ف . |
| (٣) ل : المسوؤة . | (٤) بمعنى التهمة . |
| (٥) ل : الغير شيء . | (٦) ل : وواجبنا . |
| (٧) ل : هذا الأصل . | (٨) مزيد على ل : نفس . |
| (٩) ساقط من ف . | (١٠) ساقط من ل . |
| (١١) ل : فيهم ويكلفه . | (١٢) ساقط من ل . |
| (١٣) ل : إلا أن الأول أحسن ، يعني أن لا يسأل . | |
| (١٤) ل : يستثبت . | (١٥) ف : على أنهم : |

349 قال : { ويجوز في تزكية السر شهادة واحد "حراً كان أو عبداً ، رجلاً كان أو امرأة" ^(١) بعد أن يكون عدلاً } . وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقد بينا أن هذا يجري مجرى أخبار الديانات فلا يجري مجرى الشهادات .

350 قال : { ولا يجوز في ^(٢) تزكية العلانية إلا ما يجوز في الشهادات ، رجلاً أو رجلاً وامرأتان } ، لأن شهود تزكية السر إنما يضربون لإعلام القاضي بصلاح الشهود وسيرتهم ، فإنما ^(٣) 'يحتاج في ذلك إلى علم القاضي به فيكون مثل الخبر . وأما شهود ^(٤) العلانية فإنهم يشهدون بذلك ظاهراً // [ف ٦٦ ب] ويحتاج القاضي أن يحكم بعدالتهم في الظاهر ، فصار مثل الحكم ^(٥) 'بماز الحقوق ، ولا يقبل منه إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

351 قال : { وإذا صحّت عدالة الشهود عند القاضي بشهادة الشهود وقع عند اسم كل شاهد ^(١) 'من عدّله { ليعرف ذلك إذا احتاج إلى معرفة ^(٢) من عدله . قال : { ويلبغى أن يسأل ممن ^(٣) 'عدّله عنده من الشهود إن عادوا فشهدوا عنده شهادات بعد ذلك ^(٤) 'كل ستة أشهر أو نحوها ، ويعرف أمورهم ، فإن الحوادث فيهم ^(٥) 'لا تؤمن { ، يعنى الحوادث التي توجب سقوط العدالة ، فيحتاج ^(٦) 'في حقوق الناس التي تقطع بشهادتهم . قال : { وإن طعن

349 (١) ل : حراً وعبداً وامرأة .

350 (١) ساقط من ل . (٢) ل : ظهنا .

(٣) ل : شهادته . (٤) ل : العلم .

351 (١) ل : ممن قد عدل . (٢) ساقط من ف .

(٣) ف : من . (٤) ساقط من ف .

(٥) ف : منهم . (٦) ل : فيحتاج .

المشهود عليه في شهادة الشهود بعد تعديل القاضى وأقام البيئة على دعواه أنهم عبيد أو محدودون في قذف ، أو أقام البيئة على أمر من الأمور يوجب سقوطهم عن العدالة فأتى بشهود شهدوا على فعل رأوه ^(٧) منهم يوجب سقوط العدالة ^(٨) وليس بمقتادم ^(٩) فإن القاضى يقبل ذلك منهم وتسقط شهادتهم ^(١٠) . ألا ترى أنهم لو شهدوا عليهما أنهما ^(١١) رأوهما سكرانين من التثيذ منذ أيام وأنهما ^(١٢) يبرقانهما بقذف المحصنات وأن عهدهما بذلك قريب قبل ذلك منهما ، ولو شهدوا عليهما بذلك بعد ^(١٣) ستة أشهر أو أكثر لم تقبل لأنهما يتوبان في ^(١٤) مقدار هذه المدة // [ل ٨٨ ب] فلا يسقطهما عن العدالة بذلك .

مسئلة ^(١٥)

352

قال الخصاف : { وقال أصحابنا : لا يبغي الرجل أن يعدل الرجل إذا إذا كان لا يخبئ به ولا يعرف أموره ، وإن كان يعرفه ويخبر أموره ^(١) وقد سأل ^(٢) عنه فلا يبغي أن يسك عن الإخبار بما يعرفه : إن عرفه ببدالة قال ذلك ، وإن عرفه بغير ذلك مما يسقط به شهادته أمسك ^(٣) عن حثك ^(٤) وعرض ^(٥) في أمره فقال : الله أعلم ، إلا أن يخاف أن يقطع القاضى بشهادته إن عدله غيره وهو يعرفه بشهادات الزور والكذب وبما يسقط عدالته . فإن أمن أن يكون القاضى لا ^(٦) يجهز شهادته ^(٧) أمسك عنه ، وإن لم يأمن ذلك وخاف ^(٨) أن يقضى على إنسان ^(٩) بشهادته أخبر بالذى عنده من أمره .

- | | |
|---------------------|----------------------------|
| (٨) ساقط من ل . | (٧) ساقط من ف . |
| (١٠) كذا في الأصل . | (٩) مزيد في ف هنا : قال . |
| (١٢) ساقط من ف . | (١١) مزيد في ل هنا : منذ . |

- | | |
|-----------------|------------------------|
| (٢) ف : فبشئ . | 352 (١) ساقط من ل . |
| (٤) ف : وأعرض . | (٣) ل : مما فيه . |
| (٦) ساقط من ل . | (٥) ف : يقضى بشهادته . |
| | (٧) ف : أحد . |

أما قوله : لا ينبغي للرجل أن يعدل الرجل إذا لم يعرف أموره ولم يخبره وإن كان ظاهر أحوال المسلمين على العدالة عند أبي حنيفة فلأن^(٨) القاضى إذا سأل رجلا عن تعديل رجل لم يسأله عن حكم الظاهر لأن القاضى والمسئول فى ذلك سواء^(٩) فلا معنى لسؤاله عن^(١٠) شيء هو عارف به^(١١) وإنما يسأله عما^(١٢) [ف ٦٧ أ] خبر من أمره . فإذا لم يكن^(١٣) عنده خبر^(١٤) لم يبلغ له أن يعرف القاضى ويقول إنه عدل فيظن القاضى أنه قال ذلك^(١٥) عن خبرة منه بذلك^(١٦) ، وأما إذا وقف من أمره على العدالة أو غيرها فلا يحل له السكوت عنه إذا سئل لأن هذا أمر من جهة الدين مثل أن يأخذ^(١٧) إنسان بمال إنسان فيظن أنه له فلا ينبغي للرائى أن يسكت عنه^(١٨) وهو يعلم أنه لغيره^(١٩) ولكنه يقول : هذا لفلان ، حتى يتمتع من أخذه . وكذلك لو أن ضريراً أراد أن يطأ جارية^(٢٠) ووظن أنها له ، ورجل بصير ينظر إليه وهو يعلم أن الجارية^(٢١) لغيره لم يحل له السكوت عن ذلك^(٢٢) ولكنه يقول : الجارية لفلان ، ليست لك^(٢٣) . وكذلك فى مسئلتنا إن ثبت عنده عدالته لم ينبغي له أن يسكت عن ذلك فتبطل شهادته وينهب حق المشهود له ،^(٢٤) وإن ثبت^(٢٥) جرحه عنده لم يحل له السكوت عنه^(٢٦) أيضاً إذا خاف القضاء بشهادته لأنه ينهب حق المشهود عليه بشهادة الشاهد عنده أن شهادته باطلة ، فلا بد من إظهار ذلك ، فأما إذا لم يخف القضاء بشهادته فإنه يظهر للقاضى على وجه التعريض ولا يصرح له بالفسق لأن المتر عليه أحسن . وهذا إذا لم يكن

(٨) ف : إن .

(٩) ف : بيان .

(١٠) ل : هذا الذى .

(١١) ف : له خبر ذلك .

(١٢) ل : خبرة منه به .

(١٣) ل : أخذ .

(١٤) ساقط من ف .

(١٥) ساقط من ل .

(١٦) ف : وأثبت .

(١٧) ف : به .

الرجل ظاهر الفسق . فأما إذا كان فاسقاً ظاهراً الفسق لم يكن يظهروا ذلك بأس
ليحذر الناس منه .

مسئلة (١)

353

قال : { وقال أبو يوسف : إذا كانت أكثر أمور الإنسان حسنة فهو
عدل إذا لم يكن الأمر الذى يكون فيه من الكبائر وإنما هو من الصغار } .
قال : { وقال // [ل ٨٩ أ] غيره : إذا كان الرجل ملازماً للجماعة مؤدياً
للفرائض معروفاً بصحة المعاملة في الدنانير والدرهم والعروض ومؤدياً
للأمانات (١) صدوق اللسان فهو عدل ، وإن كان مع (٢) هذا ربما كانت منه
السقطة من الصغار ، فيستغفر الله تعالى ولا يعود إليها (٣) } . قال : قال الشيخ :
(٤) هذا كله مذهب أصحابنا لأن الرجل إذا لم يكن صحيح المعاملة في الدنانير
والدرهم ولا يكون مؤدياً للأمانات لم تجز شهادته وإن كان ملازماً للجماعات ،
لأن أداء الأمانات وصحة المعاملة واجب فرض عليه . قل الله تعالى (إن الله
يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) (٥) وقال الله تعالى (لا تأكلوا
أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) (٦) . قال (٧) :
فلو أن رجلاً عامل آخر بدينار ودنانير فسرقت منه شيئاً بالميزان
وغير ذلك لم تجز قبول شهادته ولا يلتفت إلى قوله (٨) { لأن من يستحل (٩)

353 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : للأمانة .

(٣) ساقط من ف .

(٤) ف : لينتفها .

(٥) ف : وجميع هذا الذى ذكر عن أبي يوسف مفروض في مدالة الفاعل منه
أبي يوسف وبني من أصحابه .

(٦) سورة النساء ، ٤ : ٥٨ .

(٧) سورة النساء ، ٤ : ٢٩ .

(٨) ساقط من ف .

(٩) ف : واحداً شامل في الدنانير والدرهم وغير ذلك :

(١٠) ف : يستحق .

(١١) ف : يستحق .

سرقة القليل مثل الحبة والحبتين^(١٣) فإنه يستحل الكثير أيضاً . // [ف٢٧ب] وهذا وإن لم يصرف فاسقاً بسرقة الحبة فقد صار متهما في شهادته فلا تقبل شهادته ما لم يجتنب^(١٤) من ذلك كله . فكذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ليس المرء بكثرة الصلاة والصيام^(١٥) ، وإنما المرء بأدائه الأمانات إذا أؤتمن^(١٦) .

354 قال : { وإن كان معاقراً على التبيذ ينادم عليه } ، "يعنى يجلس" على التبيذ مع الندماء كما يجلس هؤلاء الفساق ، { أو كان صاحب لهُو } ، يعنى الملاحى التى هى مستبشمة على ما بينا ، { أو كان مُجرباً عليه الكذب ، أو غير مؤد للأمانات ، أو كان قاذفاً للمحسّنات فهو غير عدل } ، إلا أن يتوب ويصلح ولا يعود إلى مثله فيكون حينئذ عدلاً . وذلك أن هذه الأمور وإن كانت توجب الفسق فإنه إذا ظهر منه التندم على ذلك والتوبة منه حكم بعدائه وإن لم يطلع على خيمره لأنه ليس عليه^(١٧) من خيمره شيء .^(١٨) إذ لم يكلف بعلم الضمائر^(١٩) وإنما عليه أن يحكم بظاهر حاله . وإذا كان ظاهر حاله العدالة حكمتنا بعدائه ، وإن كانت فسقاً حكمتنا بفسقه . ألا ترى إلى قوله في قطع الطريق { إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم }^(٢٠) فأمرنا بإسقاط الحدود عنهم إذا تابوا بعد كونهم محاربين^(٢١) لله ورسوله^(٢٢) . فكذلك حكم^(٢٣) الكفار ، أمرنا^(٢٤) بأن نضع عنهم السيف إذا آمنوا على الظاهر لقوله تعالى { وبدا بيننا وبينكم العداوة والبغضاء حتى تؤمنوا بالله وحده }^(٢٥) . وقال النبي عليه السلام

(١٣) ساقط من ف .

(١٤) ل : يجنبه .

(١٥) ساقط من ف .

(١٦) لم يرد هذا الحديث في ولسنك .

354 (١) ف : يلقى مجلس في بيته .

(٢) ل : علينا .

(٣) ساقط من ف .

(٤) سورة المائدة ، ٥ : ٣٤

(٥) ساقط من ف .

(٦) ل : أحرثا .

(٧) سورة المتحنة ، ٦٠ : ٤ .

و أمرتُ أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله // [ل ٨٩ ب] يعنى إظهار الإيمان والقول بالشهادتين فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم^(٨) . ومعلوم أننا لا نطلع على ضميرهم بأنهم قد آمنوا^(٩) في الحقيقة في الباطن ، ومع هذا فإننا نحكم عليهم بحكم المسلمين وهو^(١٠) الظاهر . فكذاك الفاسق إذا تاب نصحه بعدالته .

مسئلة

355

قال^(١١) : { ولو أن رجلا نزل بين ظهراني^(١٢) قوم لم يعرفوه قبل ذلك وأقام بين أظهرهم ولم يظهر لهم منه إلا خير^(١٣) واستقامة في الأمور ، وكان قد أقام مقدار ستة أشهر فلأنهم يسعهم^(١٤) أن يعدلوه } . ثم قال بعد هذا : { لا يعدلونه حتى يقيم سنة ، فإن في السنة بين^(١٥) حاله وخيره مع شره^(١٦) } . (وهذا كأنه استظهر^(١٧) .

356 قال : { ولو أن رجلين عدلين لهما معرفة وتمييز عدلًا رجلا عند رجل وسيسع^(١٨) ذلك الرجل أن يعدل هذا الرجل الذي عدله الرجلان عنده إذا وقع في قلبه أن أمره على ما قالوا } ، كما قالوا في تعديل القاضي إذا شهد عنده رجلان ، أو رجل عدل عند أبي حنيفة ، بتعديل رجل حكم بعدالته . كذلك لهذا أن يفعل بعدالته بشهادة رجلين .

(٨) بخارى : ليمان ، ١٧ ، ٧٨ .

(٩) ساقط من ف . (١٠) ف : ينس .

355 (١) ساقط من ل . (٢) ف : أظهر .

(٣) ف : فإنه إذا أقام بين أظهرهم ستة أشهر ولم يظهر لهم منه إلا الصلاح واستقامة أمر لآئهم وسعهم .

(٤) ف : خير الرجل وشره .

(٥) ساقط من ف : والاستظهار معناه الاحتياط .

356 (١) ل : وسعهم .

357 قال : { ولا يسأل عن الذماء أحداً من اليهود إلا امرأة برزة^(١) } تخاطب الناس وتعلمهم وتخبر أموراً كثيرة منهم // [ف ٦٨ أ] وتكون مميزة { ، لأن المرأة إذا كانت بهذه الصفة فهي مثل الرجال في باب الاستخبار . وإذا كانت ممن يلزم البيت فهي لا تقف على أمور الناس ، فلامعنى أسوأ لها عنهم .

358 { وقال أبو يوسف : ومن سألت عنه فقالوا : تهمه بشتهم أصحاب النبي ، صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم ، لم أقبل منهم هذا حتى يقولوا : سمعناه يشتم } ، من قيل أنهم قد حكموا بعدالته في غير ما اتهموه من الشتم إذ قد زعموا : إنا تهمه بشتهم الصحابة فقط ، وهذا لا يكون إلا بعد ما يظهر لهم صلاحه في سائر الأشياء . فإذا كان كذلك لم يسقط من العدالة بالتهمة حتى يشهدوا : إنا سمعناه يشتم . قال : { وإن قالوا : تهمه بالنسق والفجور لم تُقبل شهادته ويُقبل قول المزكّين في تهمتهم فيه بالفسق } . وفارق هذا الفصل الأول لأن هاهنا لم يُضْهِروا بعدالته ، والمتهم في الفسق والفجور لا يظهر منه صلاحه للناس^(٢) فلا يجوز أن يحكم بعدالته . وفي المسئلة الأولى قد ظهر لهم صلاحه إلا أنهم يتهمون به بشتهم الصحابة مع ظهور^(٣) الصلاح منه // [ل ٩٠ أ] فيحكم على ما ظهر لهم^(٤) من الصلاح ولا يحكم على تهمتهم فيه بعد ظهور الصلاح منه ، كالشاهد المحكوم^(٥) بعدالته لا تسقط عدالته بقول واحد : أنا اتهمه في شيء من الأشياء ، حتى يقول : رأيته^(٦) يفعل ذلك . والله أعلم بالصواب .

857 (١) ساقط من ل . ومعنى برزة : للوقوف بمنزلة .

358 (١) ساقط من ل . (٢) ل : إظهار .

(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ب .

باب المدعى عليه يعدل الشهود

359

قال : { وقال أبو حنيفة : إذا عدل للشهود عليه ^(١) الشهود الذين شهدوا عليه فإن القاضى لا ^(٢) يجتزى ^(٣) بذلك حتى يسأل منهم فى قول ^(٤) من يرى ^(٥) المسئلة عن الشهود } ، من قبل أن القاضى إنما يجعل المزكى ^(٦) من يثق به ^(٧) ولا يجعل كل أحد معدلا للشاهد . فإذا كان كذلك ولم يكن المشهود عليه ممن يثق القاضى بأمانته وكونه ^(٨) معدلا للشهود لم تقع التزكية بقوله .

فصل ^(٩)

360

قال : { ولو قال المشهود عليه بعد ما شهدوا عليه بالحق فقال ^(١٠) : هم عدول فيما شهدوا به علىّ ، أو قال : هم عدول جائزوا الشهادة لى وعلىّ ، أو قال : شهدوا علىّ بالحق ، أو قال : الذى شهدا به من الشهادة ^(١١) حق ، ^(١٢) أو قال : صدقاً فيما شهدا به ^(١٣) ، أو قال : هما صادقان فى شهادتهما هذه التى شهدا بها علىّ ، فإن القاضى يحكم عليه بقوله ولا يحتاج إلى المسئلة } . وهذه الألفاظ كلها ذكرها الخصاص ، بعضها عن أبى يوسف وبعضها عن غيره . ^(١٤) قال الشيخ رحمه الله ^(١٥) : وهو مذهب أصحابنا لأن هذا إقرار من المشهود عليه بالحق المشهود به // [ف ٦٨ ب] للمشهود له ، فالقاضى إنما يحكم عليه بإقراره بالحق ^(١٦) لا لأنه ^(١٧) يعدل الشهود بقوله ثم يحكم عليه بشهادتهم . ^(١٨) فإذا كان كذلك

(٢) ساقط من ل .

(٤) ل : بين يدى .

(٦) ل : وكذبه .

(٢) كذا فى الأصل .

(٤) ساقط من ل .

(٦) ل : إلا أنه .

359 (١) ساقط من ف .

(٣) بمعنى يكفى .

(٥) ل : فى يثوته .

390 (١) ساقط من ل .

(٣) ل : الشهود .

(٥) ساقط من ل .

قلنا إن^(٧) هذه الألفاظ كلها قد انتظمت بالإقرار بنفس الحق المعبود به ، إذ لا يكون الشاهد عدلاً^(٨) فيما يشهد به إلا والمشهد به ثابت على المشهد عليه . وكذلك قوله : ^(٩) «شهدا على» بالحق ، لا يشهدان عليه بالحق إلا والحق ثابت عليه . وكذلك قوله : الذي شهدا به من الشهادة حق ، لا يكون ذلك حقاً إلا بعد الثبوت . وكذلك إذا قال : صدقا فيما شهدا به . وكذلك إذا قال : هما صادقان في شهادتهما التي شهدا بها على ، لا يكونان صادقين في الشهادة التي شهدا بها عليه إلا والحق ثابت عليه . فإذا كان كذلك قلنا في هذه الألفاظ كلها : يلزمه الحق بإقراره^(٩) .

فصل^(١٠)

361

قال : { ولو قال قبل أن يشهدوا عليه : هم عدول ، قلنا شهدوا عليه أنكروا ما شهدوا به عليه وقال للحاكم : سئل عنهما ، فإن القاضي لا ينفذ ذلك عليه ويسأل عنهم . فإن عدلوا أفنذ شهادتهم { ، لأن التعديل للشهود لا يقع بقول المشهد عليه سواء كان ذلك قبل الشهادة أو بعدها لما بيننا . فإذا كان كذلك ولم يظهر من المعبود عليه لفظ ينتظم الإقرار // [ل ٩٠ ب] بالحق إذ كان قوله هم عدول ليس فيه إقرار بالحق لأنه لم يقل : هم عدول فيما شهدوا به على ، وإنما قال : هم عدول ، ويجوز أن يكونوا عدولا إلا فيما شهدا^(١١) به عليه

(٧) ل : وإنما يحكم عليه بالإقرار لأن .

(٨) ساقط من ل .

(٩) ل : هم عدول جائز الشهادة لى وعمل . بعد ما شهدوا به اعترف بالحق . إذ لم يكن المشهد عدولا بها [٢] ولا جائز الشهادة فيما شهدوا به إلا والمشهد به ثابت على المشهد عليه . وكذلك سائر على هذا [٢] .

(١٠) ل : فيها .

362 (١١) ساقط من ل .

(١٢) ل : يشهدان .

وإنما غلطا عليه . فإذا كان كذلك لم يلزمه بهذا القول شيء . قال ^(١) : { وكذلك لو شهدوا ثم عدل بعد الشهادة أحد الشهود وقال للقاضي : قد غلط عليّ ووم ^(٢) ، فإن القاضي لا ينفذ عليه شهادة هذا وحده ولكنه يسأل من الآخر فإن عدل أنفذ ذلك عليه } ، ولا يلزم المطلوب بتعديله أحدهما ذلك الشيء المشهود به لأن تعديله للشاهد لم يصح على ما بينا ، ولم يكن في لفظه ما يوجب الإقرار بالحق فلا يلزمه شيء . قال : { وإن شهدوا عليه فقال بعد ما شهدوا : الذي شهد به فلان على حق ، أو قال ^(٣) هو الحق ^(٤) ألزمه ذلك ولم يسأل من الآخر } ، وهذا على ما بيناه من أن هذا الإقرار يتضمن الحق . قال : { ولو قال ذلك قبل أن يشهدا عليه بالحق ، فلما شهدا عليه قال للقاضي : سل منهما فلنهما شهدا عليّ بباطل وما كنت أعظهما يشهدان عليّ بما شهدا ، فإن القاضي يسأل عن الشاهدين ، فإن عدلا أمضى الشهادة وإن لم يعدلا لم يثبتهما } . وذلك أن هذا وإن قال : ما يشهدان به عليّ فهو حق ، فإن هذا ^(٥) إذا كان قبل الشهادة لا يجوز أن يكون إقرارا ^(٦) // [ف ٩٥ أ] .

باب الملازمة في الدين ^(٧)

362

ذكر { حديث الزهري عن عبد الله بن كعب بن مالك "عن أبيه" أنه تغاضى ابن أبي حنيفة دينا له عليه فمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم

(٤) ساقط من ف .

(٦) ل : هذا يستحق .

(٥) ف : ولوهم .

(٧) مزيد في ل هنا : مثل الشهادة فإنه .

(٨) ساقط من ف .

(٩) مزيد هنا في ل فقط لفظة غير مفردة تماما ، والظاهر أنها تخص بصلح الإقرار

بالشهادة .

362 (١) السياق في غلطية ف يقتل بمن ٦٩ أ إل ٧٩ ب ، ويظهر أن مصر ورويت في

(٢) ساقط من ل .

أبي حنيفة مكانها .

وهو يلزمه^(٣) في المسجد فقال : مالك يا كعب ، قال : يا رسول الله ، دين لي على هذا ، فأشار إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن صنع عنه^(٤) الشطر ، قال : قد فعلت يا رسول الله ، قال : قم فأذ إليسه حقه ،^(٥) قال الشيخ رحمه الله عليه : قد انتظم هذا الحديث على فوائد خمس : أحدها^(٦) ثبوت ملازمة // [ل ٩١] الطالب للطالب لأن النبي عليه السلام لم ينكر عليه ملازمته وأقره عليها ، والثاني^(٧) جواز الملازمة في المسجد^(٨) إذ النبي صلى الله عليه وسلم لم ينكر ذلك عليه ، والثالث أن الإشارة تقوم مقام اللفظ في مثل هذا إذا فهم معناه إذ النبي صلى الله عليه وسلم لم يلفظ الحق وإنما أشار إليه بذلك فقامت الإشارة مقام اللفظ به ، والرابع أن قوله : قد فعلت إذا نُخرج الخرج الجواب فإنه يقوم مقام قوله : قد برئت إليه منه ، إذ الرجل لم يلفظ بالبراءة وإنما قال : قد فعلت ، والخامس أن البراءة لا تحتاج إلى القبول من المُبرأ^(٩) منه في جوازها إذ ليس في الخبر قبول المطلوب للبراءة ، وكان ذلك صحيحاً مع عدم القبول . وذكر أيضاً حديث الزهري عن عبد العزيز بن عمر عن إبراهيم بن حوشب^(١٠) عن غالة معمر عن رحيل بن غارية الأشجعي . كذا قال الخصافي ، وقال بعض من له معرفة بالحديث : هو رحيل . قال الشيخ : يجوز هذا أيضاً لأن رحيل هو تصغير رحيل . قال : ولما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفزو خير لم يبق أحد من اليهود بالمدينة له دين على أحد من المسلمين إلا لزمه . وكان لرجل من اليهود على درهمان^(١١) - يعني رحيل بن غارية - فاستعدي اليهودي على رسول الله فقال : الزمه

(٣) ف : ملازمة . (٤) ف : عنك .

(٥) انظر بخاري ، صلاة ، ٧١ ، ٨٣ .

(٦) ف : أولها : والصواب لمجانها .

(٧) ف : أن الملازمة في المسجد جائزة .

(٨) ف : المرى . (٩) ل : حويصة ٢

(١٠) ف : درهما .

حتى يؤدى إليك حقك . قال : فعمدت إلى سقيفة^(١١) كانت لى فأدخلتها السوق فبعتها بستة دراهم فقضيتها^(١٢) درهمين وخلقت هند أهل درهماً^(١٣) وتزوجت بدرهم واشترت شملة بدرهمين ، فلبستها ، فبينما نحن نسير مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ليلة مقمرة وهو خلى يسير^(١٤) وأنا لا أطم به إذ نظر إلى فى القمر وعلى الشملة كأنها شمس ، فقال : ما هذا يا حصيل ، فقلت : يا رسول الله ، شملة اشتريتها . ثم أخبرته بخبرى . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت والله وأصحابك من المهاجرين الذين يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف . ثم قال عليه السلام : اللهم إنهم حالة فأغنىهم ، وخفاه فاحملهم ، وعرة فاكسهم . قال : فارجح منا أحد إلا ومعه بيران أو ثلاثة //

[ف ٧٩ ب] ومن^(١٥) الطعام والتمر حلال^(١٦) أو ثلاثة ومن الكسوة والأثاث والخرفى^(١٧) سوى هاهنا كثير^(١٨) . وأورد الحنابلة هذا الخبر لإثبات ملازمة الطالب للطلب ، وهو أصل // [ل ٩١ ب] فيه^(١٩) ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر اليهودى بملازمة حصيل بن خازجة . وذكر حديث الهرماس بن حبيب عن أبيه عن جده قال : أتيت رسول الله بغيرىم لى فقال لى : الزمته ، ثم قال لى : يا أخا بنى تميم ، ما تريد أن تفعل بأسيرك ؟ فأثبت عليه السلام حق الملازمة الطالب على المطلوب فى هذا الخبر أيضاً .

(١١) أى لوح حريش من الخشب .

(١٢) ف : فلبسته . (١٣) ف : درهمين .

(١٤) ساقط من ف . (١٥) ساقط من ف .

(١٦) ف : تمار . (١٧) ف : والخراب .

(١٨) ف : شيء كثير . هذا الحديث لم يرد فى ولسك ، إنما ورد حديث مطابق بإسناد آخر عن عبد الله بن عمرو يعلق بيوم يترى وقد ورد لى أبى هارود ، جهاد ، ١٤٩ .

(١٩) ساقط من ل .

(٢٠) قابل أبى هارود ، القضية ، ٢١ ، ٢٩ .

363 باب من القضاء — ما ينبغي للقاضي أن يعمل به

قال : { وينبغي للقاضي أن يشرف على كتابه "وأصحاب مسأله" وأمنائه ويتفقد أمورهم ويحاسب الأمناء على ما يتولون في كل سنة وعلى ما يجري على أيديهم ويقتصد في إجراء الأرزاق عليهم } ، وذلك لأن الكاتب والأمين وإن لم يجر للقاضي أن يتخذ إلا "أمناء ثقات" فإنه لا يطلع على ضمائرهم^(١) فالأجود أن يشرف عليهم وإن كانوا أمناء في الظاهر احتياطاً لأموال الناس ، ويحاسبهم في كل سنة لكي لا يضيّعوا شيئاً من أموال الناس .

364 قال : { وما كان من مال يقيم له وصي أقره في يدى وصيه ، وإن لم يكن له وصي اختار له^(١) من قرابة اليتيم وأهل بيته لأنهم أرفق بالصبي وأشفق على ماله^(٢) من غيرهم . فإن لم يكن من أهل بيته من يصلح لذلك فن جيرانه ، فإن لم يجد ذلك فيهم اختار من غيرهم من يثق به فوصاه على اليتيم وأشهد له بذلك } . أما جواز نصب القاضي الوصي لليتيم فلأن له ولاية على اليتيم وعلى الميت فجاز له أن ينصب وصياً كما كان للأب^(٣) أن ينصب له وصياً^(٤) . وأيضاً فإن كل^(٥) من ينصب شيئاً بنفسه على الغير فإنه يجوز له التوكيل به ، ووصى القاضي هاهنا بمنزلة وكيله . وأما الإشهاد على الوصية إليه والاحتياط لأمر الوصي^(٦) لأنه يجوز أن يموت القاضي أو يعزل فيبلغ اليتيم ويُسكّر وصية الوصي ، فإذا لم يكن للوصي بينة على^(٧) أن القاضي

363 (١) ف : وأصحابه .

(٢) ف : ضيقه .

(٣) ساقط من ف .

364 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : ذلك .

(٣) ف : أمينا .

(٤) ف : عليه وإن كان أميناً .

(٥) ف : لاله .

(٦) ل : ملك شيئاً .

جمله وصياً^(٥)، كان لليتيم أن يضمّنه ما تصرف فيه من ماله ، فاحتاط له بالإشهاد وتحرّز به من ضمان يلحقه من جهة اليتيم .

365 قال : { وإن أجرى عليه رزقاً لذلك } - يعني القاضي أجرى على الوصى رزقاً من مال اليتيم لأجل الوصية - { أشهد له بالرزق الذي ^(١) يُجرّيه عليه ليكون له حجة فيما يقبض من أرزاقه } . ^(٢) وإنما جاز للقاضي أن يعطى الوصى رزقاً من مال اليتيم ^(٣) لأن له أن يستأجر على ^(٤) اليتيم ليحفظ به ماله ^(٥) ، فكذلك // [ل ٩٢ أ] له أن ينصب له ^(٦) وصياً ^(٧) بأجر من مال ^(٨) اليتيم . وأما الإشهاد على الرزق فهو للاحتياط // [ف ٨٠ أ] ثلثا يحدد ذلك اليتيم بعد بلوغه ^(٩) فيطالب الوصى بما قبض من ذلك ^(١٠) .

366 قال : { وإذا جمعه القاضي وصياً لليتيم جاز له من التصرف في مال اليتيم ما يجوز للوصى ^(١) من قبل الأب ^(٢) } لأنه قد جعل إليه جميع ما كان إلى وصى الأب ، والقاضي يملك هذا بنفسه ^(٣) فله أن يجعله إلى غيره .

فصل ^(١)

367

قال : { فإن لم يجعله وصياً له ولكنه جعله حافظاً لماله يزرع ويؤجر ضياعه ودوره وغلاته ويبيع ^(٢) ما كان له من غلة أشهد له أبعثاً على ذلك

(٥) ف : وصية القاضي .

(٢) ف : وأما جواز أرزاقه على الوصى .

365 (١) ف : والآي .

(٤) ل : من ينفقه من مال اليتيم .

(٣) ل : على مال .

(٦) ف : بالأجر على .

(٥) ساقط من ل .

(٧) ساقط من ف .

(٢) ساقط من ل .

366 (١) كذلك ج هـ ط .

(٢) ل : ويبنى .

367 (١) ساقط من ل .

ولم يجوز له التصرف إلا فيما وكله به القاضى { .^(٣) أما الإشهاد فلا احتياط الذى ذكرنا^(٤) . وأيضاً فإن القاضى ينبغي له أن يحاسب الوصى أيضاً فيما^(٥) يتصرف فيه^(٦) من مال اليتيم كما قلنا فى سائر الأمانه ويطالبه بإقامة البينة على ما تصرف إذا اتهمه ، فيبغى للوصى أن يحتاط ويشهد عليه ليكون له حجة عند المطالبة . وأما اقتصار التصرف على ما وكل به دون غيره فلأن هذا بمنزلة الوكيل لأنه يتصرف فيما جعل إليه فى حال حياة الأمر فصار مثل الوكيل والموكل . ولو كان مثل وصى الميت ما جاز تصرفه إلا بعد موت الأمر كما قلنا فى وصى الميت .^(٧) فإذا كان كذلك لم يجوز تصرفه إلا فيما خصه به القاضى كالوكيل . وأما وصى الأب فإنه^(٨) إذا ثبت له التصرف فى بعض المال من جهة وصية الميت صار وصياً فى جميع المال :^(٩) قال الشيخ^(١٠) : وهذا قول أبى حنيفة وليس هذا موضع الكلام فيه .

368 قال^(١١) : { ويبغى للقاضى أن يقرض أموال اليتامى قوماً ثقات } ، وليس القاضى فى هذا كالأب والوصى والمُكاتب والمأذون^(١٢) فإنه لا^(١٣) يجوز قرض واحد من هؤلاء للمال الذى فى يده وإن جاز تصرفهم على العموم ، كما لا يجوز هبتهم ، والقاضى يجوز قرضه وإن لم تجز هبته لأن قرضه لمال اليتيم خير^(١٤) حكم عليه ، كما كان سائر تصرفه فى مال^(١٥) اليتيم وفى أموال الناس^(١٦) على وجه الحكم . فإذا كان قوله على الغير^(١٧) مقبولا فله أن يقرض

(٣) ف : فيبغى الوصى أن يحتاط فى ذلك ويشهد عليه لئلا يجد اليتيم بعد البلوغ أمام البينة عليه بذلك .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ف : يصرف .

(٦) ساقط من ل .

(٧) ف : ولا .

368 (١) ساقط من ف .

(٨) ف : النهر .

(٩) ساقط من ل .

(١٠) ل : وجه النهر .

مال اليتيم غيره^{٦١} . وأيضاً فإن القاضى أن يحفظ مال اليتيم على أوثق ما يكون ، وهو إذا قرضه لإنسان ثقة فقد أحرزه وحفظه حفظاً حريزاً ، فقد أمن هلاكه ، فيبغى أن يجوز^{٦٢} . ولا يشبه القاضى فى هذا غيره من الأولياء لأن غيره إذا أقرضه لم يمكنه إثباته على المستقرض عند الجحود إلا بينة أو ما يقوم مقامها ، والقاضى قوله حجة على المقرض بأن له عليه هذه الدوام فلذلك جاز // [ل ٩٢ ب] قرض القاضى ولم يجر قرض غيره من الأولياء . وأيضاً فإن القاضى لمسا كان قوله مقبولا على غيره وكان^{٦٣} فى إقراض مال اليتيم أحوط^{٦٤} لأنه لو أودعه كان القول فيه قول المودع أنه قد هلك // [ف ٨٠ ب] ولم يقدر القاضى أن يلزمه شيئاً منه ،^{٦٥} وإذا أقرضه غيره لم^{٦٦} يبرأ المستقرض من الضمان بهلاكه ويلزمه المال بقول القاضى إن لليتيم عليه كذا وكذا درهماً . فإذا كان كذلك فالقرض أحوط لمال^{٦٧} اليتيم إذا أقرضه القاضى ، وأما غيره فليس يوجد فيه هذا المعنى لأن قول غير القاضى لا يُقبل على غيره فلا يكون^{٦٨} فى إقراض المال احتياط لليتيم^{٦٩} إذ كان قول المقرض غير مقبول على المستقرض كما لا يُقبل قول المودع على المودع .

مسئلة^(١)

389

قال : { فإذا ثبت لرجل عند القاضى حق^(٢) بشهادة شهود عدول هذه فإنه ينبغي له أن يعلم ذلك الخصم المدهى عليه . فإن آتاه من ذلك بمنخرج

(٦) ساقط من ف .

(٧) إقراضه من مال اليتيم أوله أحوط .

(٨) ل : جاز له قرضه لأنه لا . (٩) ساقط من ف .

(١٠) ف : إقراض المال أحوط للصبي .

(١٢) ساقط من ف .

363 (١) ساقط من ف .

قَسِيل ذلك منه ، وإن لم يأت بمخرج ولا حجة وقد ضرب له أجلا - يعني لإثبات الحجة - وسأله الطالب أن يحكم عليه ويسجل له بذلك سجلا فعمل ذلك وكتب السجل نسختين ، إحداهما يدفعها إلى الطالب والأخرى يجعلها^(٣) في ديوانه . أما إعلام القاضي المدعى عليه بما طلب منه الطالب فلأنه^(٤) يجوز أن يدل المدعى عليه بحجة يدفع بها الخصومة عن نفسه ، ولا يجوز أن يحكم عليه بغير إعلامه . وهذا معنى قول النبي صلى الله عليه وسلم لعلّ رضى الله عنه ، ولا تقضين^(٥) ، لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر^(٦) . وأما تسجيله بذلك فلأنه إذا لم يأت المدعى عليه بحجة لم يكن بد من أن يقضى الطالب ويبين في^(٧) السجلات أن^(٨) المطلوب على حجته متى ما أتت قُبلت منه . وأما كَسْبُ السجل نسختين فلأن الطالب لا بدّ له من نسخة تكون حجة في يده ونسخة في يدى القاضي تذكره بما قضى به . وأما جعل نسخة القاضي في ديوانه دون أن يدفعها^(٩) على يدى عدل فلأنه يجوز أن يموت العدل أو يغيب أو يحدث به سادّة فلا يقدر القاضي على أخذها منه عند الحاجة إليها^(١٠) ، ولا يأمن أهنأ من حَسِيل^(١١) العدل عليها فيدعيها من المطلوب أو نحو ذلك مما يوجب ضرراً على الطالب . وأما إذا كانت في ديوانه فهو آمن من هذه الجهات كلها ، فلذلك كان كونها في الديوان أولى . قال الشيخ : وهذا محمول على ما شاهدوه من القضاء في عصرهم^(١٢) . وأما اليوم فكونها في يدى العدل^(١٣) إذا كان ثقة^(١٤) أولى من // [ل ٩٣ أ] كونها في ديوان القاضي لأنه بلغنى أن هؤلاء^(١٥) يديعون سجلات التماس وصكا كهم^(١٦) .

(٤) ف : فلا .

(٣) ساقط من ل .

(٥) ف : تقضى .

(٦) انظر ابن خبيل ، ج ١ ، ص ١١١ .

أ : ف : يضما .

(٧) ساقط من ل .

(٨) ف : قبل .

(٩) ساقط من ف .

(١٠) ف : قبل .

(١١) ف : عهدهم .

(١٢) ف و ج : سجلات وصكا كهم .

(١٣) ف و ج : سجلات وصكا كهم .

370 قال : { وإذا ثبت عنده بإقرار من المطلوب حق^(١) ، وسأل القاضي^(٢) الطالب إنفاذ ذلك عليه ، أعلم أيضاً المطلوب أنه يحكم عليه { كما قلنا^(٣) في الحكم بالشهادة . قال : { وذلك كل حق ثبت عنده فيلغى له أن يشهد لصاحبه على ذلك إذا طلب ذلك ويحكم له { لما بينا في الفصل الأول من إثبات // [ف ٨١ أ] الحق بالبيئة أنه يلغى له أن يعلم المطلوب بذلك حتى يدلى بمجته ثم يحكم عليه إن لم يأت بمجته يدفع بها عن نفسه الخصومة .

371 قال : { وإن رأى أن يسمى الشهود في القصة^(١) سماع { لأنه يكون أوثق^(٢) وأبعد للهمة عن القاضي . فإن قيل : إذا لم يسمهم^(٣) يكون أحوط للطالب لأنه يجوز أن يكون قد حكم بشهادة شهود لم تجز شهادتهم عند قاض مولى بعد عزل هذا ، قيل له : هذا فاسد ، لأن هذا القاضي لا يجوز أن يحكم بشهادة شهود لا تجوز شهادتهم عند حاكم من الأحكام^(٤) في تلك القصة^(٥) فلامعنى لهذا الاعتبار . وكذلك لو كان الحق المحكوم به قوداً أو قصاصاً أو حداً أو غير ذلك من حقوق الله تعالى وثبت ذلك بإقرار أو بيعة عادلة فإن القاضي يُنفذ ذلك الحكم على المطلوب ويشهد على ذلك أنه حكم عليه بذلك . بيعة أو إقرار على حسب ما ثبت به الحق ، ثم يُقيد^(٦) بعد ذلك أو يقتصر منه أو يحدّه ، لأنه لا يأمن أن يُعزل فيُنكر^(٧) المطلوب أنه أمضى ذلك عليه على وجه القضاء ، فيقدّمه إلى قاض آخر لا يرى قبول قول الميزول فيها أمضاه من الحكم فيأخذه بذلك ويُلزمه إياه . فإذا أشهد على ذلك في حال القضاء أقام البيعة بذلك عند جود المطلوب ، فلا يلزمه شيء مما أمضاه من الحكم .

370 (١) ساقط من ف .

371 (١) ف : النصية .

(٢) ف : ألقا .

(٣) ساقط من ف .

(٣) ل : يسم .

(٦) ف : فأنكر .

(٥) ل : ينفذ .

قال (١) : { وإذا أراد القاضى " أن يحكم لرجل " بشئ ثبت عنده وأن يسجل له سجلاً أخرجه محضره إن كان بينة أو بإقرار ثم أنشأ السجل على المحضر، وحكى فى السجل ما ثبت عنده للطالب وما أدلى به المطلوب من حجة إن كان أدلى بشئ له 'مخرج من بعض ما ثبت عليه، وعرض نسخة السجل (٢) مرة بعد أخرى حتى لا يكون فى نسخه (٣) خلل } . وإنما ينشئ السجل على المحضر لأن المحضر هو الكتاب الذى يكتبه الكتّاب عند سماع البينة وإثبات حق الطالب على المطلوب بينة أو إقرار عند القاضى قبل أن يقضى (٤) به فيكتب فى المحضر ما جرى // [ل ٩٣ ب] من الدعوى وسماع البينة (٥) ثم ينشئ (٦) السجل بعد القضاء على ذلك المحضر بأن قد حكمت لفلان على فلان بكذا وكذا .

قال : { وإذا قال القاضى : إن فلاناً هذا أقرّ عندى " أن لهذا الرجل " كذا وكذا ، أو أقر أنه قتل فلاناً ولىّ هذا عمداً أو قال خطأ ، أو أقر له بحق من الحقوق ، فإن القاضى مصدق فى ذلك مقبول قوله وينفذ القضاء على ما عنده من الحق } . قال الشيخ (٧) : وهذا قول أبى حنيفة وأبى // [ف ٨١ ب] يوسف ، وأما فى قول محمد فإنه لا يحكم عليه بهله (٨) دون أن يشهد معه (٩) غيره . وقد بينا هذه المسئلة فيما تقدم . والنكتة فى هذا أن القاضى لو لم يجر

(٢) مزيد هنا ل : وتقدير ذلك .

(٤) ل : قبض .

(٧) ف : رحمه الله .

(٨) ل : عليه .

372 (١) ساقط من ل .

(٣) ل : سبطه .

(٥) ل : من .

373 (١) ساقط من ل .

(٣) ل : بهله .

قضاؤه بعلمه لم يجوز الاقتصار على قاض واحد حتى يُضْمَّ إليه قاض آخر ، كما قالوا في الشاهد لما لم يقتصر في القضاء على قوله لم يجوز الاقتصار على شهادة رجل واحد حتى يُضْمَّ إليها شهادة آخر ، فلما اتفق الجميع على جواز القضاء بقاض واحد دون انضمام آخر إليه ثبت أن له أن يحكم بعلمه . وأيضاً كما جاز أن يسجل وحده ويُنفذ القضاء وحده لوقوع العلم بثبوت الحق في الظاهر كذلك مستلثنا مثله . «وذهب محمد» إلى أن هذا كان للنبي صلى الله عليه وسلم خاصة ، وأما غيره فلا يجوز أن يُصدق على غيره . وكذلك قالوا في جميع الحقوق على الاختلاف الذي يتنا غير الحدود مثل الزنا والسرقة وشرب الخمر ، فإن المدعى عليه في هذا إذا جحد ما قال القاضى وكان ذلك بإقرار من المدعى عليه قُبِلَ رجوعه^(٦) بأنى ما قلت^(٧) . وأما إذا كان ثبوته بينة فإن قول القاضى نافذ عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما قالوا في سائر الحقوق . وأما إذا كان ذلك بإقرار^(٨) من المدعى عليه^(٩) فإنما يُقبل رجوعه لأن المقر بالحد في الزنا والسرقة وشرب الخمر يُقبل رجوعه فيه . فمستلثنا مبداً على هذا الأصل ، فلما جاز رجوعه في هذه الحدود قبلنا قوله بأنى لم أُقِرْ ها هنا ، وإن لم يُكذَّب القاضى ، كأنه قال بين يدي القاضى : إني زنت ، ثم قال : لم أزن ، فإنه يُقبل رجوعه ، ولا شيء عليه . كذلك هذا . وأما إذا كان ذلك بينة فإن الحدود لا تسقط بمحذور المشهود عليه . فذلك لم يسقط ها هنا أيضاً على قولهما إذ قول القاضى مقبول عندهما ، فصار كأن البينة شهدت^(١٠) في هذه الحال بمحض من الناس . // [ل ٩٤ أ] .

(٥) ف : وأما محمد فانه ذهب . (٦) ف : وقوعه .

(٧) ل : قلت . (٨) ساقط من ل .

(٩) مزيد في ل هنا : كلام المحصور ترجم .

قال : { وإذا لم يفهم القاضى كلام الخصوم ترجم^(١) عنهم رجل ثقة ، والاثنتان أفضل } . وهذا قول أبى حنيفة . وقال محمد : لا يُقبل حتى يكونا رجلين أو رجلاً وامرأتين كما يُقبل في الشهادات . وذهب أبو حنيفة إلى أن هذا يجري مجرى أخبار الديانات ، فيُقبل فيه خبر الواحد إذا كان عدلاً ، كما قال في تزكية السر^(٢) أنه يُقبل فيه خبر الواحد^(٣) . وهذه المسائل مثل تلك . وقد ينشأ السلام فيها والخلاف فيه .

قال : { وإشارة الآخرس إذا كانت مفهومة قامت مقام الكلام في الدعوى } لأن الكلام منه مأبوس ، وهو مأخوذ^(٢) في حقوق^(٣) بنى آدم فلا بد // [ف ٨٢ أ] من أن يقيم مقام الكلام ما يفهم^(٣) عنه كما قلنا في الأفراد والبيعات وغير ذلك من الحقوق التي ثبتت بينه وبين سائر الناس . وليس هذا كالمسود لأن إقامة الحدود حق لله تعالى وتسقط بالشبهة ، فلا يجوز إقامتها بالإشارة كما لا يجوز إقامتها بالكتابات .

قال : { وإذا أودع القاضى ماله اليقيم صيرفياً أو تاجراً لجحد أو مات وتوى^(١) المال لم يلزمه شيء } لأنه لم يتعد في إيداعه ، إذ كان له أن يردعه كالوكيل بذلك - إنه لا يجب عليه شيء إذا توى^(٢) المال - كذلك هذا .

(٢) ساقط من ل .

(٢) ل : بمعلق .

374 (١) ف : يترجم .

375 (١) ساقط من ل .

(٣) ف : يعلم .

376 (١) أى ملك .

وإنما كان له أن يودعه كما أن له أن يتصرف فيه ويقرضه ويبيعه وكذلك كان له أن "يودعه قياساً على المالك".

مسئلة (١)

377

قال : { ولو أن القاضى أقر عنده رجل بحق من الحقوق فأثبت ذلك فى ديوانه ثم عزل ذلك القاضى عن القضاء ثم ولى بعد ذلك ثانية فقدّم الطالب المقرّ إلى القاضى فى ذلك الحق فأنكر المطلوب ذلك الحق عند القاضى ، فإن كان القاضى يذكر الإقرار أنفذه عليه (١) والزمه إياه ، وإن كان لا يذكر الإقرار لم ينفذه ولم يحكم به عليه { لأن القاضى لما عزل صار فى الإقرار الذى سمع من المقر كالشاهد ، والشاهد لا يجوز له أن يشهد على الخط (٢) من غير أن يذكره (٣) . كذلك القاضى لا يجوز أن يحكم على خطه الذى وجده فى ديوانه ما لم يذكر الإقرار . "قيل للشيخ : فإن كان هذا قبل العزل ، هل يجوز أن يحكم على ما وجده فى ديوانه إذا لم يذكر الإقرار ؟ فقال : حتى تجىء المسئلة فإن فى هذا خلافاً بين أصحابنا (٤) .

378 قال : { فإن كان القاضى قد حكم لإنسان على رجل بحق من الحقوق ثم عزل ثم ولى ثانية فقدّم الطالب (١) الذى حكم له المحكوم عليه إلى القاضى بعد ولايته الثانية فجدد المحكوم عليه ، فإن كان // [ل ٩٤ ب] هذا القاضى يذكر تلك القضية أنه قضى بها ، أنفذهما عليه والزمه إياها { . وهذا قول أصحابنا غير أبى حنيفة ، فإنه قال : إنما القاضى فى هذا بمنزلة الشاهد على

(٢) ل : يقرضه كالمالك .

(٢) ساقط من ف .

377 (١) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ل .

378 (١) ف : القاضى .

الإقرار الذي أقر به الرجل ، وأما القضية فإنه يُنفذها ويكون شاهداً على فعله . قال "أبو بكر" : لم يختلفوا أنه إذا لم يذكر الإقرار الذي أقر به الرجل^(٢) في حال ولايته الأولى أو القضية التي حكم بها في تلك الحال أنه لا يجوز أن يحكم به لوجود الخطأ بذلك في ديوانه ، وإنما اختلفوا فيما يذكر من الإقرار الذي ثبتت أو القضية التي وقعت في حال ولايته الأولى . فقال أبو حنيفة : لا يحكم بذلك الإقرار ولا بتلك القضية^(٣) وعند أبي يوسف ومحمد يقضى بهما // [ف ٨٢ ب] جميعاً إذا ذكرهما . أما أبو حنيفة فلأن من أصله^(٤) أن القاضي لا يجوز له أن يحكم بما قد علم قبل قضائه^(٥) أو في غير ولايته ، وقد بينا هذه المسئلة فيما تقدم . وهذه مبنيّة على تلك ، لأنه لما تحول صار كواحد من الناس ، فلما ولي صار بمنزلة رجل علم بحق الإنسان ثم ولي ، فليس^(٦) له أن يقضى بذلك عنده . كذلك هذا . إلا أنه يفرق بين الإقرار وبين القضية في مستلثنا لأنه لما تحول صار بمنزلة الشاهد في الإقرار ، لو ضم إليه شاهداً آخر لقطع الحكم بشهادته وشهادة الآخر عند قاض^(٧) آخر . وكذلك لو ولي فشهد به مع آخر [عند]^(٨) قاض^(٩) من القضاة أنفذ الحكم بذلك . أما في القضية التي قضى بها فلا يجوز أن^(١٠) يكون شاهداً فيها^(١١) لأن القضية فعله ، والإنسان لا يكون شاهداً على فعله وإنما يكون شاهداً على فعل غيره^(١٢) فلا يجوز أن يحكم بتلك القضية هو ولا غيره حتى يشهد عليها شاهدان . ففارق الإقرار القضية من هذه الجهة . فلا يجوز لقاض^(١٣) آخر أن يحكم بإقرار هذا على القضية وإن ضم إليه شاهداً آخر ، وجاز في الإقرار بالحقوق وأن يحكم بقوله مع شاهد آخر كما بينا .

(٢) ف : رحمه الله .

(٣) ف : المهر .

(٤) جمع أصل .

(٥) ف : لم يكن .

(٦) ساقط من ف هـ ج .

(٧) ل : الإنسان .

(٨) ف : وعندنا .

(٩) ل : ولايته .

(١٠) في ل فقط : قد

(١١) ل : يحكم بتلك القضية .

(١٢) ساقط من ل .

باب القاضى يقضى بعلبه^(١)

379

ذكر { حديث ابن سيرين أن رجلاً غاصم إلى شريح فسأله البيعة ، فقال له الرجل : يا أبا أمية أنت تشهد لى ، فقال له شريح : اذهب إلى الأمير^(٢) غاصم إليه حتى أجىء فأشهد لك { . فأدنا هذا الخبر أن من مذهب شريح أن القاضى لا يقضى بما // [ل ٩٥ أ] عليه وحده ، ويهوز أن يكون هذا فيما قد عليه قبل القضاء^(٣) ثم ولى القضاء^(٤) كما قال أبو حنيفة رضى الله عنه . وحديث ابن أبى لیلی عن أبى إسحق أن شريحاً قضى بشهادة رجل واحد وقد كان علم منه علماً . ظاهر هذا الخبر أن من مذهبه جواز القضاء بعلبه إذا انضم إليه شاهد آخر ، إلا أنه لم يبين هذا بما كان قد عليه قبل القضاء أو بعده . وأبو حنيفة يقول بخلاف هذا فيقول : إن كان هذا بما قد عليه قبل القضاء لم يجز أن يقضى به حتى يشهد به شاهدان لأنه ليس لعله تأثير إذا كان هو المنفذ للحكم ، ولو كان غيره يُنفذ المحكم بشهادته مع شاهد آخر إذ كان ذلك عنده يجرى مجرى الشهادة ، وإن كان هذا قد عليه فى حال القضاء قضى بعلبه وحده ولا يحتاج إلى شهادة غيره .

مسئلة^(١)

380

قال : { ولو أن رجلاً تقدّم إلى القاضى ومعه رجل فقال للقاضى : إنك // [ف ٨٣ أ] قضيت لى على هذا الرجل بكذا وكذا من المال

379 (١) عنوان هذا الباب فى غلطوة ل متأخر قدر عشرة أسطر من الغلطوة . أما ل ب وج فهو كما هو مثبت .

(٢) ف ، ج : الأمين . (٣) ساقط من ل .

380 (١) عنوان هذا الباب ، أمى القاضى يقضى بعلبه ، ورد هنا فى غلطوة ل . انظر ملاحظة ١ فى 379

(٢) أو قضيت لي عليه بضيمة كذا أو غير ذلك من الحقوق فلم يذكر القاضى ذلك^(٢) فأقام عنده شهوداً عدولاً فشهدوا عنده أنهم أشهدهم أنه قضى لهذا المدعى على هذا الرجل الذى معه بالحق الذى ادّعاءه ، فإن الحسن بن زياد وبشر بن الوليد روي عن أبي يوسف أنه قال : لا ينفذ القاضى ذلك ولا يحكم به لأنه لم يذكره . وقال إسماعيل بن حماد عن أبي حنيفة : أما أنا فأقبل^(٣) الشهادة وأنفذها وأجيز تلك القضية ، ووافقه على ذلك ابن سماعة { . ولم يذكر قول أبي حنيفة ولا قول محمد . قال أبو بكر^(٤) : أما مذهب أبي حنيفة فظاهر أنه لا يحكم بغير علمه وإن شهد عليه الشهود كما قالوا في الشهادة إذا نفى الشاهد الشهادة فشهد شاهدان أن فلاناً أقر عندك بهذا وأشهدك على إقراره لم يسمعه أن يشهد بذلك ما لم يذكر هو بنفسه الإقرار لقوله تعالى ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾^(٥) وهذا ظاهر يمنع جواز الشهادة فيما لا يعلمه الشاهد^(٦) . وقال النبی صلى الله عليه وسلم في الشهادة « إذا رأيت مثل الشمس فاشهد وإلا فتعص »^(٧) . وأما ابن سماعة وإسماعيل بن حماد فإنهما ذهبا إلى أنهم قد اتفقوا على أنه لو رُفعت^(٨) إليه قضية قاض آخر فشهد بها شاهدان على إعتابها إن لهذا أن ينفذ القضية وإن لم يعرف ذلك إلا بشهادة هذين ، وكذلك قضيته هو مثل هذا . والجواب // [ل ٩٥ ب] من هذا أن الشهادة على تلك القضية شهادة على فعل النير لجاز له أن يحكم بها ، وهذه القضية فعله فالشهادة على فعله بنفسه لا يجوز أن يحكم بها^(٩) ما لم يعلمه هو بدلالة ما ذكرنا

(٢) ف : فأرى يقول .

(٥) سورة الزخرف ، ٤٣ : ٨٦ .

(٢) ساقط من ل .

(٤) ل : الشيخ .

(٦) ساقط من ل .

(٧) لم يرد هذا الحديث في وثائقنا ، مخطوطة ف تحت الحديث هكذا « إذا رأيتم مثل هذا الشمس فاشهدوا وإلا فلا » . وفي كثر المسال ، ج ٧ ، ص ١٣ : « هل ترى الشمس على مثلها ، فاشهد أو دعه » .

(٩) ل : ٩٠ ،

(٨) ف : فليت .

من الشهادة . قال : { ولا يشبه هذا ما في ديوان القاضي ما لا يذكره } . قال الشيخ : وهذا قول أبي يوسف ومحمد ، وأبو حنيفة قال : لا يحكم إلا بما يعلم كالشهادة . وأما الفرق لأبي يوسف بين مسألة القضاء قبل العزل وبين ما يحمده في ديوانه أن الذي يحمده في ديوانه تحت عاتمه وقبضته فقد أُرِن عليه التغيير والخيانة ، وهو متيقن أنه لم يحكم به غيره وإن لم يذكر قضاء نفسه فلا يقع الحكم به بغيره عليه . وأما ما كان قضى به قبل العزل وبعد إخراج الديوان من يده وإبطال حكمه فلا يأمن عليه التبديل^(١٠) والتغيير وأنه قد زُوِّرَ عليه فلا يجوز أن يحكم به لأن ذلك حكم بما لا يعلمه .

381 قال : { وقال أبو حنيفة : لا يلغى للقاضي أن يقضى بشئ عليه أو رآه أو سمعه قبل أن يتولى القضاء من المال وغيره ، وقال : إنما هو في هذا بمنزلة الشاهد } . وقد^(١) بينا هذا فيما تقدم . قال : { وقال ما علمه^(٢) أو رآه^(٣) بعد ما ولي القضاء } [ف ٨٣ ب] وذلك في مجلس الحكم أو غير مجلس الحكم بعد أن يكون في المصر الذي هو قاضٍ عليه فإنه يقضى ذلك ويُنفذه خلا السرقة والزنا وشرب الخمر والسكر ، فإنه لا يقضى بذلك ، وحدّ القذف يقضى بهله { . وقد بينا هذا فيما تقدم . وفرقنا بين حد القذف وبين غيره من الحدود ، فإن هذا حق بني آدم فصار كسائر حقوق بني آدم ، وسائر الحدود حق لله تعالى . وقد ورد عن السلف الامتناع^(٤) من القضاء^(٥) بما يعلم الرأى . وروى عن عمر أنه قال لعبد الرحمن بن هوف : أ رأيت لو وجدت رجلاً يزني^(٦) بامرأة أ كنت تحمده ؟ فقال : لا . قال : أصبت . وروى عن أبي بكر^(٧) الصديق رضي الله عنه نحو هذا . قال : { وقال الحسن^(٨) بن زياد

(١٠) قل كلمة غير مقروءة .

(٢) ل : لمراره :

(٤) ف : زنا .

381 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : بالقضاء .

(٥) ساقط من ل .

ومحمد بن الحسن : ما طله القاضى أو رآه أو سمعه قبل أن يلى القضاء وبعد ما ولى فى المصر الذى هو قاض فيه أو غير المصر الذى هو قاض عليه فإنه^(٩٦) ينفذ ذلك كله ويضمنه ويحكم به ما خلا الزنا والسرقة وشرب الخمر والسكر فإنه لا يحد بذلك^(٩٧) | وقد يتنا هذا فيما تقدم ، إلا أنه ذكر قول محمد مع أبى يوسف ، ومن مذهبه أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بعله وحده ولا يصدق على ذلك . قال الشيخ : ^(٩٨)والذى ذكره الخصاص من قول // [ل ٩٦ أ] محمد هو قوله الأول^(٩٩) ثم رجع فقال : لا يجوز أن يقضى بعله وحده بحال ، لأن ذلك كان للنبي عليه السلام . وأما غيره فلا يصدق لأننا لا نأمن منه الحياة^(١٠٠) ، فلا يصدق . قال : | وقال - يعنى أبى يوسف - أرايت لو أن رجلا ليس بحاكم رأى رجلا ينصب رجلا^(١٠١) ما لا وهو يقدر على أن يمنعه من ذلك فلم يفعل ، أيسره ذلك ؟ فكيف الحاكم الذى يقدر^(١٠٢) على أن يرد على هذا الرجل ما اغتصب^(١٠٣) منه ؟ وكذلك لو أن رجلا سمع رجلا طلق امرأته ثلاثاً أو أعتق عبده أو أمته ، ثم ولى ذلك الرجل القضاء^(١٠٤) ، قدمت المرأة المطلقة البتة^(١٠٥) زوجها أو الأمة المعتقة أو العبد المعتق مولاهما فحدد ذلك والقاضى قد شهد ذلك وسمعه قبل أن يولى القضاء أيسع القاضى أن يقر هذه المرأة مع هذا الرجل الذى قد طلقها يظاًها وهذه الأمة مع الذى أعتقها ، والعبد مع الذى أعتقه يبيعه ويتموله وهو يقدر على أن يمنع من ذلك ؟ ألا ترى أنه لو لم يكن حاكماً وقدر على أن يمنعه من ذلك لم يسعه إلا المنع من ذلك ؟ فكيف يترك^(١٠٦) ذلك وهو حاكم^(١٠٧) ينفذ

(٩٦) ف : لا يحكم بذلك .

(٩٧) ف : هذا الذى قاله الخصاص قوله الأول .

(٩٨) ف : الجنابة . (٩٩) ساقط من ل .

(١٠٠) ف : غضب . (١٠١) ساقط من ل .

(١٠٢) ساقط من ف . (١٠٣) ل : الحاكم الذى .

أمره ويجوز حكمه ؟ { إلا أن هذا كله لا يلزم أياً حنيفة منه شيء لأنه يقول إن القاضي إذا علم ذلك بمنعه ويحول بينه وبين المرأة المطلقة والأمة المعتقة على وجه انتهى عن المنكر ولا يقضى عليه بالفرقة وبإبطال الملك . وروى هذا أبو يوسف عن أبي حنيفة في الأمل ، فإذا كان كذلك يسقط عنه ما رواه^(١٤) أبو يوسف وصح^(١٥) ما قلت من قول أبي حنيفة . وبالله التوفيق^(١٦) . // [ف ٨٤ أ] .

382 باب القاضي يجد في ديوانه شيئاً لا يحفظه

{ قال أبو حنيفة^(١) رحمه الله : لا يجوز للقاضي أن يحكم بما يجد في ديوانه إذا لم يذكره وإن كان ديوانه تحت يده وختمه^(٢) لم يخرج من يده . وعند أبي يوسف ومحمد : للقاضي أن يحكم بذلك وإن لم يذكره بعد أن يكون تحت خاتمه ويده { : لأبي حنيفة قوله تعالى ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾^(٣) فلا يلغى لأحد أن يشهد بما لا يعلم . والقاضي أكد حكماً من الشاهد فيلغى أن يكون داخل تحت الظاهر كما دخل الشاهد . ألا ترى أن كل من لا يجوز شهادته لا يجوز قضاؤه ؟^(٤) وأيضاً قوله ﴿ ولا تكف ما ليس لك به علم ﴾^(٥) وقال النبي عليه السلام^(٦) : إذا علمت مثل هذا يعني الشمس فاشهد ولا فدع^(٧) .^(٨) . وأيضاً^(٩) // [ل ٩٦ ب] اتفاقهم على أن الشهادة لا تصح إلا بما يعلم الشاهد ، كذلك القضاء . وأما

(١٥) ل : ما قاله

(١٤) ل : وانه .

(٢) ساقط من ل .

382 (١) ف : عند أبي حنيفة .

(٣) سورة الزخرف ، ٨٦ : ٨٩ . (٤) سورة الإسراء ، ١٧ : ٢٦ .

(٥) ف : ومن جهة الستة قوله عليه السلام للشاهد .

(٦) أنظر ملاحظة ٧ من فقرة 380 .

(٧) ف : ومن جهة النظر .

أبو يوسف ومحمد فإنهما ذهباً إلى أن هذا قضاء بالملم لأنه ^(٨) يعلم أنه ^(٩) لم يزور عليه أحد وأنه هو الذي كتبه في إنفاذ القضاء ولم يخرج إلى يد غيره فقام هذا مقام الذِّكر القضية .

383

فصل

{ "قال : ولو ضاع" محضر لرجل من ديو أن القاضي وفيه شهادة شهود له بحق من الحقوق والقاضي لا يذكر ذلك ، فشهد عند القاضي كاتبه أن شهود هذا الرجل شهدوا له عندك على هذا الرجل بكذا ، فإنه لا ينبغي للقاضي أن يقبل ذلك منه ولا ينفقه { من قبل أن الشهادة في الأصول ^(١٠) لا تقبل إلا على أحد وجهين : ^(١١) شهادة على أصل الحق وشهادة على الشهادة ، ومسلتا خالية من الوجهين ^(١٢) جميعاً لأن الكاتبين لم يفسداً بأن الحق عليه بإقراره أو غيره ، وإنما قالوا : إن شهود هذا الرجل شهدوا عندك بكذا وكذا على هذا ، فلا تكون هذه شهادة بأصل الحق وليست هي شهادة على الشهادة ^(١٣) لأن الشهادة على الشهادة ^(١٤) لا تصح إلا أن يشهد شهود الأصل لهذين الشاهدين على شهادتهما ^(١٥) . وليس هذا كشهادتهما على محمل القاضي بالحكم وشهادتهما على إقرار المطالب بالحق للطالب ، إن شهادتهما جائزة " في هذا " وإن لم يذكر القاضي ، عندهما من قبل أن الشهادة على السجل بالحكم إنما هي شهادة على إثبات أصل الحق إذ القضاء يوجب ثبوت الحق . وكذلك الشهادة على الإقرار لأن الإقرار يوجب ثبوت الحق المقر به للمقر له وإن لم يقع به الحكم إذ لا يصح بنفسه دون انضمام الحكم إليه . فإذا كان كذلك فالشهود ^(١٦) هاهنا إنما شهدوا بإثبات أصل الحق فتقبل شهادة

(٨) ضاع من ل .

383 (١) ف وقال محمد : ولو وجد . (٢) ل : الأموال .

(٣) ساقط من ل . (٤) ساقط من ف .

(٥) زيد هنا ل ف : فلا تجوز . (٦) ساقط من ل .

(٧) ل : الشهادة .

السكانيين إذ لا فصل بينهما وبين غيرهما من الناس . وأما في مسئلتنا فإن الشهادة لم // [ف ٨٤ ب] تقع على إثبات الأصل كما يتنا ، ولأن المحضر إنما يكون قبل إتمام القضاء ، فالشهادة على المحضر لا تكون شهادة على إتمام الحكم وإثبات المال ، فلذلك فارق السجل ، ولم تجز شهادة السكانيين .

فصل^(١)

384

قال : { وما وجده القاضى فى ديوان قاض آخر كان قبله من إقرار أو بيعة لم يعمل عليه حتى يستقبل^(٢) الخصومة عنده } ، لأن الثانى لا يأمن أن يكون هذا مزوراً^(٣) قد زور^(٤) عليه ، فلا يجوز أن يحكم به . وليس // [ل ٩٧ أ] هذا كالذى يجهده هو^(٥) فى ديوان نفسه ولا كالذى قضى به فى حال القضاء ثم عزل ثم ولى أو سمع من إقرار . إنه^(٦) عند أبى يوسف للقاضى أن يحكم بما يذكره من إقرار أو قضية لأن الذى قد وجده فى ديوانه قد آمن عليه الخيانة والزور . والذى وجده بعد العزل والتولية ثانية^(٧) فإنما يحكم بعلمه إذا كان ذا كراً له . ومن أصله^(٨) أنه يجوز للقاضى أن يحكم^(٩) بما قد علمه قبل القضاء^(١٠) فكذلك هذا^(١١) . قال : { وما كان بيعة فإنه لا يحكم به^(١٢) } يعنى فى القاضى المعزول إذا ولى ثانية فرفع إليه قضية قد سمع فيها البيعة ولم يكن قد حكم فيها بشئ فإنه لا ينبغي له أن يحكم بذلك السماع حتى يستأنف البيعة ، لأنه لما عزل بطل ذلك السماع وجعل^(١٣) السماع كأنه وقع عند غير قاض ، إذ قد خرج هذا بعده قبل إتمام الحكم [وقبل أن]^(١٤) يكون قاضياً [ثانية] .

384 (١) ساقط من ف .

(٢) ل : يستقبلوا .

(٣) ساقط من ف .

(٤) ساقط من ف .

(٥) ف : لى .

(٦) ل : أن يحكم الثانية .

(٧) ف : جواز الحكم للقاضى .

(٨) ف : وهذا مثله .

(٩) ف : بها .

(١٠) ف : حصل .

(١١) ل : وأن ، ف من أن .

وإذا كان كذلك لم يجوز أن يحكم بتلك البيئة وإن ذكرها . كما أنه لو سمع البيئة وهو (١٣) غير قاض ثم استقضى لم يجوز له أن يحكم بتلك البيئة . ولو كان سمع إقراراً من المطلوب بالحق ثم استقضى كان له أن يحكم بعلمه بذلك الإقرار . والمعنى الفارق بينهما أن البيئة لا يثبت حكمها إلا بحكم (١٤) القاضي ، والإقرار يثبت حكمه بنفسه . ألا ترى أن رجلاً لو أقر لرجل بمال عند غير قاض كان هذا إقراراً ثابتاً لازماً للمقرّر ، ومتى ما أراد المقرّر له أن يطالبه طالبه (١٥) بذلك وأخذ منه الحق إذا قدر على إثبات نقل الإقرار إلى عند مجلس (١٥) القاضي ، ولو كان مكان (١٦) الإقرار بيئة شهدوا على المطلوب بالحق للطالب لم يكن لهذه البيئة تأثير وكان وجودها وعدمها بمنزلة واحدة (١٧) ؟ فقد بان لك أن الإقرار يثبت حكمه بنفسه ، والشهادة لا يثبت حكمها بنفسها .

باب القاضي ترفع إليه قضية 385

”مما ينبغي له أن ينفذها أو لا ينفذها“

الأصل في هذا الباب أن القاضي إذا كان ممن يجوز قضاؤه فقطى بقضية مما يسوغ فيها الاجتهاد لم يجوز لأحد من القضاة أن يتعقبه بالفسخ ، والدليل على صحة هذا أن أصحاب // [ل ٩٧ ب] النبي صلى الله عليه وسلم قد جوزوا // [ف ٨٥] الاجتهاد لقضائهم فيما يقضون به مع علمهم بالاختلاف في آرائهم ولم يُروَ من أحد منهم فسخ قضاء قاض مما يسوغ فيه الاجتهاد مع مخالفة

(١٢) ف : عند .

(١٤) ساقط من ل .

(١٣) ل : عند .

(١٦) ساقط من ل .

(١٥) ساقط من ف .

(١٧) ساقط من ف .

القاضي لأرائهم . وروى أن شريحاً قضى ^(٢) بقضائه بخالف فيه ^(٣) عمر وهلياً رضى الله عنهما ، فلم ^(٤) يفسخ ذلك لوقوعه ^(٥) من قاض جازر الحكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد . وكذلك روى عن عمر أنه قضى في الحد بقضائاً مختلفة فقيل له في ذلك فقال : هذا على ما قضينا وذاك على ما قضينا ، ولم يفسخ بالقضية ^(٦) الأخيرة القضية الأولى . فقد ثبت بهذا أن قضية قاض جازر الحكم إذا وقعت فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم يجوز فسخها . وإذا كان القاضي ممن لا يجوز قضاؤه لكونه فاسقاً أو عتوداً في قذف أو من لا يجوز شهادته وقضاؤه ^(٧) لا يجوز فلثاني أن يفسخه . وكذلك لو كان القاضي ممن يجوز قضاؤه إلا أنه قضى فيما لا يجوز فيه الاجتهاد ، مثل أن يكون مخالفاً لنص ^(٨) كتاب الله تعالى ^(٩) الذي لم ^(١٠) يختلف فيه السلف وإنما اتبعوا جميعاً ظاهر النص أو خالف سنة متواترة لم يجوز السلف الاجتهاد فيها ^(١١) أو خالف إجماع الأمة ^(١٢) فهذا مما لا يسوغ الاجتهاد فيه . فإذا قضى بمثل هذا فلثاني أن يفسخه لأن اجتهاده فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد باطل ، فصار كأنه حكم بخلاف النص أو السنة المتواترة أو إجماع الأمة بغير اجتهاد ، فيكون حكمه باطلاً مفسوخاً . وأما إذا كان النص مما يسوغ فيه الاجتهاد مثل أن يختلف السلف فيه فسوّخوا ^(١٣) الاجتهاد فيه لأنه لو لم يَسْخُ فيه الاجتهاد ما جاز لهم أن يختلفوا في حكمه ، فلياً اختلفوا فيه طلبة أن هذا النص لم يمنع تسويج الاجتهاد ^(١٤) وأنهم لم يجتهدوا فيه مع وجوده منصوباً عن الله تعالى إلا وقد أذن لهم

(٢) ف : بقضائاً يخالف فيها .

(٣) ف : يفسخ تلك القضايا لوقوعها .

(٤) ل : القضية .

(٥) ف : قضاؤه .

(٦) ف : الكتاب .

(٧) ساقط من ف .

(٨) ل : فيه .

(٩) يزيد مثلاً ل ، ج : هـ .

(١٠) ساقط من ل .

الرسول عليه السلام في تسويغ الاجتهاد فيه إما بقول وإما بأمره تضبط^(١١) أن ما يكون هذا حكمه يسوغ الاجتهاد فيه . فإذا كان كذلك قلنا إن من^(١٢) المتصور عليه^(١٣) ما يسوغ الاجتهاد فيه ، وهو ما قد اختلف السلف في حكمه . وهذا نحو قوله تعالى ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ الدِّينِ ﴾ الآية ، فإن^(١٤) هذا النص أوجب تحريم نكاح امرأة الأب على // [ل ٩٨ أ] الابن وأوجب عندنا تحريمها على الابن بوطء الأب وإن لم يكن هناك عقد نكاح بالنص ، إذ المراد بلفظ النكاح هو الوطء عندنا^(١٥) . إلا أنه لما اختلف السلف في هذا فقال بعضهم : لا يحرم الحرام الخلال // [ف ٨٥ ب] ، أى أن وطء الأب إذا كان حراماً^(١٦) لا يمنع نكاح الابن على وجه التحليل ، وبعضهم قال : تحريم ، فصار هذا النص مما يسوغ فيه الاجتهاد . ولما لم يختلفوا أن الابن لا يجوز أن يتزوج أو يعطى امرأة الأب صار هذا المعنى المتصور^(١٧) مما لا يسوغ فيه الاجتهاد . ولو^(١٨) أن قاضياً قضى بجواز نكاح امرأة الأب للابن^(١٩) كان للثاني أن يفسخه لأنه قضى فيما لا^(٢٠) يسوغ فيه الاجتهاد . وتظهر هذا من السنة^(٢١) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الطلاق ثلاث جد من جد وهن من جد^(٢٢) ، وقال كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه^(٢٣) ، فصار طلاق المكره واقعاً من جهة السنة لأنه أجاز كل طلاق غير طلاق الصبي والمعتوه ، إلا أنه لما اختلف

(١١) ل : ولم يختلفوا فيه مع وجوده متصوفاً من الله تعالى وقد أخذ بما يضبط .

(١٢) ف : المتصور . (١٣) سورة النساء ، ٤ : ٢٢ .

(١٤) ف : كان . (١٥) ل : عنده .

(١٦) ف : على وجه الحرام . (١٧) ف : من المتصور عليه .

(١٨) ل : قضى بنكاح الابن للمرأة التي وطئها الأب لا على وجه التحريم .

(١٩) سابق من ف . (٢٠) ف : المسئلة .

(٢١) ف : أن ثلاثاً جد من جد وهن من جد . أنظر أبا داود ، طلاق ، ٩ .

(٢٢) أنظر بيان المعروء ، بخارى ، طلاق ، ١١ .

السلف فيه علينا أن هذا مما يسوغ فيه الاجتهاد . وكذلك نفيه^(١٣) عن بيع الحيوان نسيئة : أوجب هذا الخبر امتناع جواز السلم في الحيوان ، إلا أنه بما يسوغ فيه الاجتهاد لاختلاف السلف فيه . فإذا كان هذا على ما وصفنا قلنا إنه متى قضى فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم يُفسخ حكمه إن كان ممن يجوز قضاؤه ، وإن كان قد حكم فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد فُسخ .

386 قال الخصاف : { ولو أن رجلا وطئ أم امرأته أو ابنتها غاصمته المرأة في ذلك إلى قاض يرى أن الحرام لا يحرم الحلال فقضى بالمرأة لزوجها وقضى بإبطال ما كان منه ولم يلتفت إلى ما كان من وطئه لامها أو ابنتها ، ثم إن المرأة "بعد ذلك" رفعت زوجها إلى قاض آخر يرى أن ذلك يحرّمها على زوجها فإنه ليس لهذا الثاني أن يُبطل قضاء الأول } . وهذا أيضاً على ما بينا لأنه مما يسوغ فيه الاجتهاد . { فإن حكم هذا الثاني بفسخ النكاح ثم جاء الثالث ، يُنفذ قضاء الأول بالجواز ويُبطل^(١٤) قضاء الثاني بالعلاق } لأن الأول قضى فيما يسوغ فيه الاجتهاد والثاني قضى فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد — إذ السلف لم يختلفوا أن قضاء الثاني بفسخ ما أوقعه الأول على جهة الاجتهاد فيما يسوغ فيه // [ل ٩٨ ب] الاجتهاد باطل لا يسوغ فيه الاجتهاد — فلذلك ينبغي أن يُبطل الثالث حكم الثاني دون الأول .

387 قال الخصاف : { ولم يُعز إلى أحد من أصحابنا^(١٥) إذا كان الزوج جاهلاً فهو في سعة من المقام معها "وإن كان عالماً يرى أن وطئ أمها أو ابنتها يحرّمها عليه فلا يحل له المقام معها" . وكذلك الزوجة هي في ذلك بمنزلة } // [ف ٨٦ أ] . قال رحمه الله : أما إذا كان جاهلاً بالحكم فلم يختلفوا أنه

(١٣) ف : نهى .

(١٤) ف : وأبطل .

386 (١) ساقط من ف .

387 (١) ف : أصحابه .

في سعة من المقام معها^(٢) لأن القاضي قد حكم بذلك وهو في موضع^(٣) يجوز له تقليد الفقيه^(٤) لأنه جاهل بقضاء القاضي عليه أخرى أن يجوز له . أما إذا كان عالماً بالحكم لم يسع له المقام معها في قول أبي يوسف ، وفي قول محمد هو في سعة من المقام معها وإن كان عالماً مجتهداً يرى تحريم النكاح بذلك . وذهب أبو يوسف إلى أن هذا إذا كان من أهل الاجتهاد لم يجوز له ترك اجتهاده باجتهاد غيره كما لا يجوز لأحد الفقهاء أن يترك اجتهاده باجتهاد الآخر ويتقلد مذهبه . وذهب محمد إلى أن هذا لا يشبه الفقهاء لأن قول الفقيه لا يلزمه حكمه ، وقول القاضي يلزمه حكمه . ألا ترى أن القاضي لو حكم عليه بصحة النكاح ثم ولي هذا المقضي عليه القضاء لم يجوز له أن يفسخ قضاء هذا القاضي الذي حكم عليه ؟ وكذلك لو رفع قضية هذا القاضي إلى قاض آخر لم يجوز له أن يفسخه ؟ فلذلك لما حكم عليه لم يجوز له أن لا يلتزم^(٥) ، ويكون حكمه لازماً له ، فيكون في سعة من المقام معها^(٦) . والجواب أننا لم نقل أنه ينبغي له أن يلتزم^(٧) حكم القاضي وإنما قلنا إن حكم القاضي لازم له ، إلا أنه في التدين^(٨) ينبغي أن لا يقيم معها كما لا ينبغي له أن يتقلد مذهب الفقيه إذا كان في اجتهاده أن الذي ذهب إليه الفقيه غير صحيح . كذلك هذا . ونظائر هذا كثيرة في الأصول : أن يكون الحكم لازماً في الظاهر^(٩) من وجه^(١٠) ويكون فيما بينه وبين الله تعالى خلافاً . ألا ترى أنه لو قال لامرأته : ^(١١) «إن كان» أول ولد تلدينه جارية فأنت طالق تطليقتين وإن كان غلاماً فأنت طالق ثلاثاً ، فقلت غلاماً وجارية لا يدري أيهما أول ، أن القاضي لا يحكم

(٢) ساقط من ل .

(٣) ف : جاز له التقليد من الفقيه . (٤) ل : يلزمه .

(٥) ف : صه . (٦) ف : لا يلتزم .

(٧) ف ، ج : التزمه . (٨) ف : خرج به .

(٩) ساقط من ف .

عليها بأكثر من تطليقتين وهي طالق ثلاثاً^(١٠) فيما بينه وبين الله تعالى لا يسمعه المقام معها ؟

388 قال الخصاف : { وكذلك لو أن رجلاً قال : إن تزوجت فلانة فهي طالق ثلاثاً ، فتزوجها فخاصته إلى قاض لا يرى ذلك القول^(١١) طلاقاً فأجاز النكاح وأبطل // [ل ٩٩ أ] الطلاق ، ثم خاصته إلى قاض آخر يرى أن ذلك طلاق^(١٢) كان هذا القاضي الثاني يلغي له أن ينفذ قضاء الأول ويمضيه ويبطل الطلاق^(١٣) . فأما الزوج إذا كان عالماً يرى أن ذلك طلاق لم يسمه المقام معها^(١٤) . وكذلك المرأة { أما كون الرجل مع المرأة إذا كان عالماً فعلى ما يتنا من الخلاف . وأما إضاد القاضي لقضاء الأول فلأن هذا مما يسوغ فيه الاجتهاد لأن الأحاديث المروية فيه محتملة والناس مختلفون فيه .

389 قال : { وكذلك السلم في الحيوان وطلاق المشكوك^(١٥) } كما يتنا فيما تقدم^(١٦) . // [ف ٨٦ ب] { وكذلك الحكم بالنسب بقول القافة {^(١٧) لأنه قد روى فيه أحاديث محتملة يجوز قول القافة ، وإن صح عندنا أن قولها باطل ، فهو مما يسوغ فيه الاجتهاد^(١٨) . { وكذلك الحكم بالقرعة } .
^(١٩) قد روى عن النبي عليه السلام أنه أقرع بين العبد الستة الذين أعتقهم مولاهم في مرضه فاعتق منهم اثنين وأرق أربعة^(٢٠) فاحتل الخبر على ما نقوله نحن واحتل على ما قال المخالف وصارت المسئلة مما يسوغ فيها الاجتهاد .

(١٠) ساقط من ل .

388 (١) ل : هكذا . (٢) ف : الطلاق يسئل .

(٣) ساقط من ل ق . (٤) ف : عليها .

389 (١) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ل . القافة جمع قائف وهو الذي يسلب المولود بغيرهته وانظر إلى أمثاله .

(٣) أنظر ابن خنبل ، ج ٤ ، ص ٤٦٦ .

قال : { وكذلك لو أن قاضياً ودّ نكاح امرأة يبيع مثل الجنون والبرص لم يجر الثاني أن يفسخه } لأن الصحابة قد اختلفوا فيها فقال عليّ عليه السلام : لا تُردّ يبيع ، وقال عمر رحمة الله عليه : تُردّ . فلو لم تكن المسئلة مما يسوغ فيها الاجتهاد ما اختلفوا فيها . فإذا كان كذلك لم يجر لاحد من القضاة أن يفسخ حكم القاضي الأول^(١) .

390

مسئلة^(٢)

قال : { وكذلك القضاء بالقتل بالتسامة لا ينفذه [هـ] } الثاني { من قيل أن هذا مخالف للكتاب والسنة جميعاً مثل^(٣) أن يحلف المدعى خمسين يمينا أن هذا^(٤) قتل ولياً له فيقتل المدعى عليه ، من قيل أن هذا يخالف الكتاب والسنة . أما مخالفته للكتاب فقوله^(٥) « ولا تقف ما ليس لك به علم »^(٦) وقال { إلا من شهد بالحق وهم يُسلمون }^(٧) . وليس للقاضي^(٨) « ولا للحالف^(٩) » فلم يقاتل^(١٠) المقتول مثل قصة عبد الله بن ربيعة ، فلا يجوز

(٤) قل : لأنه روي في ذلك أخبار مخالفة والناس فيه مختلفون وقد يسوغه الاجتهاد في مثله ، فلا يجر لاحد من القضاة أن يفسخ حكم القاضي الأول فأما ما لا ينبغي للقاضي الثاني أن ينفذ قضاء الأول فيحق القضاء بشاهد وعين لأن هذا خلاف الكتاب والسنة . أما مخالفة الكتاب فهو قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » . وقال « فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » [سورة البقرة ، ٢ : ٢٨٢] فأوجب تعلق الحق المدعى على المدعى عليه بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين . فمن قال . يحكم بشهادة رجل مع عين المدعى فقد خالف الكتاب ولا يجوز فضاؤه . وأما مخالفته لسنة فلتقول النبي صلى الله عليه وسلم « عاهدك أو يمينه ، ليس لك إلا ذلك » . [أنظر بخاري ، وعن ، ٦] .

390 (١) ل : قال . (٢) ساقط من ل .

(٣) ف : الذي قتل وليه فيقتل به ، فهذا وذلك نفس الله تعالى ، قال .

(٤) سورة الإسراء ، ١٧ : ٣٦ .

(٥) سورة الزخرف ، ٤٣ : ٨٦ .

(٦) ساقط من ل .

(٧) ف : حال المقتول إذا كان غائباً .

القضاء بقتل من يحلف الولي أنه قاتله ولا يجوز^(٨) أن يحلف الولي على ذلك أيضاً^(٩) فلا يجوز أن يحكم به يمينه^(١٠) . وقال تعالى ﴿ وَلَا تَقْسُتُوا نَفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾^(١١) ، "وهو لا يعلم أن قتل المدعي عليه حق بقول المدعي . وقول المدعي غير مقبول عليه ، فلا يجوز أن يقبل يمينه // [ل ٩٩ ب] الذي هو قوله ودعواه^(١٢) . وأما من وجه السنة فقال عايه السلام : لو أعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دعاء ، قوم وأموالهم ، لكن البيئة على المدعي واليمين على من أنكر^(١٣) ، " وظاهر هذا الخبر يمنع جواز قتل هذا المدعي عليه من وجهين ، أحدهما أنه يمنع أن يستحق أحد بدعواه شيئاً بقوله ، والثاني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل للدعي حجة يثبت بها الحق غير البيعة^(١٤) .

٣٥١ قال : { وكذلك يبيع أمهات الأولاد إذا قضى به القاضى لم يجر قضاؤه ولثاني فسخته } . قال الشيخ : هذا مذهب محمد^(١٥) فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف يجوز قضاؤه وليس للحاكم فسخته من قبل أنه ليس في هذا نص هل حظر بيعها ولا سنة مأثورة متفق على استرقاقها ولا إجماع السلف في بيعهن ، فوجب أن يسوغ الاجتهاد في بيعهن . وأما وجه قول محمد فهو خلاف من خالف هذا من السلف ، هو شاذا لا يستد به لأن جل الصحابة قد اتفقوا عليه . وما روى عن علي عليه السلام أنه رأى يمين بعد إجماعه مع عمر وسائر الصحابة أن يمين لا يجوز ، لأن الصحيح عنه أنه قال :

(٨) ف : نجاز .

(٩) ف : لأن الأمرن جيباً خلاف الكتاب .

(١٠) سورة الأنعام ، ٦ : ١٥١ .

(١١) ف : ولم يثبت أن قتله حق للمدعي .

(١٢) الحديث في ف : لو أعطى الناس بدعواهم . . . واليمين على المدعي عليه .

(١٣) ابن حنبل : ج ١ ، ص ٣٤٣ .

(١٤) سألط من ف .

ثم رأيت أن أرتقن . وهذا القول منه لا يدل على جواز يمين عنده .
فوجب أن يكون الإجماع الأول ثابتاً في حظر يمين ، فلا يسوغ الاجتهاد
في يمين^(١) .

392 قال : { ولو قضى القاضى بمال بقسامة لم يجوز ذلك ويبطل^(٢) } لأن
الناس // [ف ٨٧ أ] لم يختلفوا أن المدعى لا يجوز له أخذ المال المدعى^(٣)
بالقسامة - بأن يحلف خمسين يميناً أن له عليه هذا المال^(٤) .

393 قال : { وكذلك تمتع النساء في النكاح^(٥) ولا يجوز القضاء بجوازها }
لأنه لا خلاف بين السلف أن الذى كان يخالفهم فيه ابن عباس // [ل ١٠٠ أ]
وقد ثبت رجوعه عن هذا القول . قال زيد بن جابر : نزل ابن عباس عن
العصرى^(٦) ومتمتع النساء^(٧) . وفيه مخالفة السنة أيضاً لأن السنة قد وردت

394 (١) ل : أما أبو حنيفة وأبو يوسف فإنهما ذهباً إلى أن هذا ليس فيه نسي من الكتاب
ولا سنة ثابتة من جهة النبي صلى الله عليه وسلم . وقد اختلف لصعابة فيه فبالغ للناشئ الاجتهاد
فيه وجاز قضاءه . وأما محمد فإنه ذهب فهو أن [؟] خلاف من جوز يميناً شاذ نادر لأن
علياً رضى الله عنه قال : اجتمع رأيي ورأى عمر ، رضى الله عنهما ، في جماعة من المسلمين
أن يبيع الأمهات لا يجوز فقد أخبر عن إجماعه مع عمر وجماعة المسلمين إذا قالوا أن يمين
لا يجوز لم يجوز لأحد أن يخالف الإجماع ، ومن فعل هذا كان غلطاً في اجتهاده . وقوله :
ثم رأيت بعد ذلك أن أرقن ، ليس لمخالف أن يتعلق به تسويغ الاجتهاد لأنه ليس في هذا
القول دلالة على الجواز ، ونحن لا ننكر أنهم أرقاء فلا يظهر من عمل رضى الله عنه مخالفة
الإجماع المتقدم .

395 (١) ساقط من ف .
(٢) مزيد هنا ل : فلا يجوز القضاء في هذا إلا [؟] مما لا يسوغ فيه الاجتهاد
لمخالفته الإجماع .

396 (١) أى يمين الثمن يالثنى جلساً بجنس .
(٢) ل : لأن هذا خلاف السنة وإجماع السنة وإجماع السلف . فأما السنة فلما روى
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أبطل تمتع النساء بعد الإباحة ، وأما الإجماع فلأن أصحاب
النبي صلى الله عليه وسلم أنه [؟] أبطل تمتع [خمس كلمات غير مفرودة] غير ابن عباس
ثم رجع عن هذا إلى قولهم . روي ذلك زيد .

يحظرها بعد الإباحة^(٣) . وفيه خلاف الكتاب أيضاً لأن الله تعالى قال
(إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم)^(٤) وهذه ليست بزوجة
ولا ملك يمين .

394 قال : { وكذلك بيع العبد المعتق بمضه والشرىك معدم^(١) أو غير
معدم^(٢) ، لو حكم به حاكم لم يجر { لخالفته السنة ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم
أبطل جواز التصرف فيه بقوله في بعض الأخبار : فهو حر كله ، وفي بعضها :
يسمى العبد غير مشقوق عليه ، وفي بعضها : فعليه خلاصه^(٣) .

395 قال : { ولو أن قاضياً قضى بخلاص دار استحققت^(١) وحكم على
البائع بذلك { - يعني أنه قضى على البائع بأن يدفع إلى المشتري داراً مثلاً
أو يشتري الدار المستحقّة ويسلمها إليه - { فإن الثاني يذبح له أن ينقض
هذا { من قبل أن هذا مما لا يسوغ فيه الاجتهاد ، إذ الناس لم يختلفوا أن الدار
ليس لها مثل في المستهلكات . فلا يلزم البائع تسليم ما لم يستحق عليه بعقد
البيع وهو المبيع بعينه أو قيمته إذا استهلكها مستهلك وأخذ قيمته^(٢) . قال
الشيخ : والخلاص الذي يشترط^(٣) في برادة الديون ليس من هذا^(٤) في شيء^(٥)
لأن ذلك هو أن^(٦) يشترط الدافع على المدفوع إليه خلاصه بأنه إذا جاء
مستحق وأقام البيّنة أن المدفوع إليه قد كان أقرّ بأن الدين لهذا المستحق
وأن ذاك كان وكيله ، ومطالب هذا المستحق الدافع بالدين الذي كان عليه

(١) سورة المؤمنون ، ٢٣ : ٦ .

(٢) ل : الأمة .

(٣) ل : مصر .

(٤) 394 (١) ل : مصر .

(٥) مزيد في ل : أن ير .

(٦) هذه الفقرة هي نفسها في ل مع تقديم وتأخير .

(٧) (٣) مضاف من ف ي .

(٨) ل : يشترطون .

إن للدافع الرجوع على المدفوع إليه بما سلّمه إليه^(١) . وكذلك شرط
الخلاص على الوكيل هو مثل هذا ، أنه يرجع على الوكيل بما سلّمه إليه متى
رجع عليه للوكيل بالدين . وهذا صحيح وهو مثل ضمان الدرك لأنه يرجع بما
سلّمه إليه متى لم يسلم له ما في ذمته من الدين كما يرجع المشتري على البائع
بالتن متى لم يسلم له المبيع . وأما الخلاص في مسئلتنا على الوجه الذي يتنا
فهو خلاص للإجماع ، فلذلك لم يجر القضاء به . وأيضاً فإن الدار ليس //

[ل ١٠٠ ب] لها مثل في الاستهلاك والدرهم والدنانير لها مثل ، فليس يمنع
رجوع الدافع على المدفوع إليه بمثل ما دفع إليه من الدرهم عندما لحقه من
المطالبة بالدين كما جاز ذلك في الغصب والاستهلاك //

[ف ٨٧ ب] ولم يجر
مثله في الدار بعد الاستحقاق إذ ليس لها مثل كما قلنا في المستهلكات^(٢) .

٣٩٨ قال : { وكذلك قاض قضى بإبطال حق رجل في دار^(١) إن لم يُقَمَّ
له البيعة ، فقال له^(٢) : إن لم تقم البيعة اليوم ، أو نحوه ،^(٣) أبطلت حاك
في الدار^(٤) ، فلم تكن له بيعة^(٥) في ذلك اليوم^(٦) فقضى عليه بإعلان^(٧) حقه
^(٨) إن هذا القضاء باطل^(٩) ، وللتأني أن يفسخه { لأن هذا مخالف للسنة
والإجماع ، أما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم د البيعة على المدعى^(١٠) ،

(١) ل : أن يقضى رجل رجل ألف درهم كانت له عليه فيكتب عليه البراءة . ويذكر
فيه الخلاص ، يني : أن جاء مستحق فاستحق هذا الدين ادى سلّمه إليك بأن تقيم البيعة أنك
قد اعترفت له به أن له عليك الرجوع بما سلّمك إليك حتى تخلصني فيه .
(٢) هذه الفقرة مضطربة جداً ل ل ولا فائدة في إثباتها .

(٣) ٣٩٨ (١) ساقط من ل .

(٤) ف : على وجه الشرط شرطه عليه .

(٥) ٣ (٢) ساقط من ل .

(٦) ٤ (٤) ف : باسقاط .

(٧) ٥ (٥) ساقط من ل .

(٨) ٦ (٦) ابن حنبل ، ج ١ ، ص ٣٤٣ .

"ولم يوقته بوقت" .^(١) وأما الإجماع فلأن المسلمين لم يختلفوا في أن امتناع المدعى من إقامة البينة على حقه لا يوجب بطلان حقه ، فإذا قضى القاضي بخلاف السنة والإجماع كان حكمه باطلاً^(٢) .

397 قال : { ولو أن زوجة رجل أو ابنته صفت عن دم حمد وهي واردة المقتول فأبطل القاضي ذلك وقضى بالقَوْد^(١) } وقال : لا عفو للنساء ،^(٢) ثم رُفِعَ إلى قاضٍ آخر قبل أن يُقَادَ الرجل^(٣) فإنه ينفذ العفو ويبطل القود { لأن هذا خلاف الكتاب . قال تعالى { وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ... وَلَمَنْ الرِّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ }^(٤) ولم يفرّق من الدم وغيره^(٥) ، وقال { فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ }^(٦) ، وقال { فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الشُّكْلَانِ مِمَّا تَرَكَ }^(٧) ، وقال { وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ }^(٨) . ولم يفرّق في هذا كله بين الرجال والنساء^(٩) . قال : { وإن كان الرجل قد أُقِيدَ وقُتِلَ فإن القاضي الثاني لا يحكم له من ذلك شيء ويترك الأمر بحاله } . قال الشيخ : لأن القتل الذي وقع بالقضاء لا يمكن فسخه^(١٠) فينفذ القضاء الأول وإن كان جواز أمر حيث لا سبيل إلى فسخه^(١١) .

398 قال : { ولو أن قاضياً قضى "يرد عبد أو أمة بعب" بغير إقرار

(٧) ساقط من ل .

(٨) ف : ولا خلاف أن امتناع المدعي من إقامة البينة على حقه لا يبطل حقه .

397 (١) يزيد في ل هنا : فرجل .

(٢) ف : فإن هذا الحكم يأل ولثاني أن يبطله .

(٣) (٤) يحس في النساء من الدم . . . (٥) سورة النساء ، ٤ : ١٧

(٦) سورة النساء ، ٤ : ١٧٦ (٧) ساقط من ل . (٨) (٩) ف : فلا فائدة في فسخ . فينفذ القضاء الأول من حيث الله لا سبيل إلى فسخه .

(١٠) (١١) (١٢) (١٣) (١٤) (١٥) (١٦) (١٧) (١٨) (١٩) (٢٠) (٢١) (٢٢) (٢٣) (٢٤) (٢٥) (٢٦) (٢٧) (٢٨) (٢٩) (٣٠) (٣١) (٣٢) (٣٣) (٣٤) (٣٥) (٣٦) (٣٧) (٣٨) (٣٩) (٤٠) (٤١) (٤٢) (٤٣) (٤٤) (٤٥) (٤٦) (٤٧) (٤٨) (٤٩) (٥٠) (٥١) (٥٢) (٥٣) (٥٤) (٥٥) (٥٦) (٥٧) (٥٨) (٥٩) (٦٠) (٦١) (٦٢) (٦٣) (٦٤) (٦٥) (٦٦) (٦٧) (٦٨) (٦٩) (٧٠) (٧١) (٧٢) (٧٣) (٧٤) (٧٥) (٧٦) (٧٧) (٧٨) (٧٩) (٨٠) (٨١) (٨٢) (٨٣) (٨٤) (٨٥) (٨٦) (٨٧) (٨٨) (٨٩) (٩٠) (٩١) (٩٢) (٩٣) (٩٤) (٩٥) (٩٦) (٩٧) (٩٨) (٩٩) (١٠٠)

398 (١) يرد عبد أو أمة بعب . . . (٢) (٣) (٤) (٥) (٦) (٧) (٨) (٩) (١٠) (١١) (١٢) (١٣) (١٤) (١٥) (١٦) (١٧) (١٨) (١٩) (٢٠) (٢١) (٢٢) (٢٣) (٢٤) (٢٥) (٢٦) (٢٧) (٢٨) (٢٩) (٣٠) (٣١) (٣٢) (٣٣) (٣٤) (٣٥) (٣٦) (٣٧) (٣٨) (٣٩) (٤٠) (٤١) (٤٢) (٤٣) (٤٤) (٤٥) (٤٦) (٤٧) (٤٨) (٤٩) (٥٠) (٥١) (٥٢) (٥٣) (٥٤) (٥٥) (٥٦) (٥٧) (٥٨) (٥٩) (٦٠) (٦١) (٦٢) (٦٣) (٦٤) (٦٥) (٦٦) (٦٧) (٦٨) (٦٩) (٧٠) (٧١) (٧٢) (٧٣) (٧٤) (٧٥) (٧٦) (٧٧) (٧٨) (٧٩) (٨٠) (٨١) (٨٢) (٨٣) (٨٤) (٨٥) (٨٦) (٨٧) (٨٨) (٨٩) (٩٠) (٩١) (٩٢) (٩٣) (٩٤) (٩٥) (٩٦) (٩٧) (٩٨) (٩٩) (١٠٠)

البائع ولا بينة من المشتري على ذلك فإن قضاه باطل والثاني فسحه { لأنه لا خلاف بين الناس أن القضاء على المدعى عليه لا يجوز بغير بينة من المدعى ولا إقرار من المدعى عليه ^(١) أو نكوله عن البين ، فإذا قضى عليه على غير هذه الوجوه كان خلاف الإجماع // [ل ١٠١ أ] فيكون ساقطاً ^(٢) .

399 قال : { ولو أن امرأة بلغت ولها زوج فأعتقت رقيقاً لها وأقرت بدين وأوصت بوصايا بغير رضا زوجها فأبى ذلك زوجها ^(١) فرفعها إلى القاضي ^(٢) لحكم بطلان فعلها وتصرفها من مالها { على ما يروى عن مالك أنه لا يجوز تصرفها بغير إذن زوجها ما لم تُنقل إلى بيت الزوج ، { فإن هذا باطل والثاني فسحه { لأن فيه مخالفة للإجماع ^(٣) . قال الله تعالى ﴿ فلا جناحَ عليهما فيما اقتدت به ﴾ ^(٤) و ^(٥) ﴿ لكم نصف ما ترك أزواجكم ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ من بعد وصية يوصي بها أو دين ﴾ ^(٦) . فأجاز وصيتها على العموم ولم يفرق بين موتها قبل انتقالها إلى بيت الزوج أو بعده . ولا خلاف بين السلف في جواز تصرفها في مالها . وقال عليه السلام // [ف ٨٨ أ] لا حق إلا فيما يملك ابن آدم ^(٧) . فالحديث ^(٨) قد اقتضى جواز عتقها . فالقضاء بإبطال عتقها من هذه المحال خلاف الكتاب والسنة والإجماع ^(٩) .

(٢) ل : ولا إيا [؟] بين على ادعاء المدعى ، فإذا قضى قاض بما يخالف [؟] الحق اندمى على المدعى بغير حجة من الجهة التي فكرنا كان حكمه خلاف الإجماع فيبطل .

399 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : فأبطل فعلها ثم أرفعوها إلى قاض آخر فإنه يبطل حكم ذلك القاضي وبطل ما صنعت المرأة من ذلك كما ينقله على الرجل . قال الشيخ : وأظن أن هذا مذهب مالك فإنه يقول إن المرأة لا يجوز تصرفها ما لم تُنقل إلى بيت الزوج وهذا مذهب شليح لأن فيه مخالفة الكتاب والإجماع .

(٣) سورة البقرة ، ٢ : ٢٢٩ (٤) سورة النساء ، ٤ : ١٢

(٥) أنظر ابن حبل ، ج ٢ ص ١٩٠ .

(٦) ل ج فقط .

(٧) ل : يعني غذاها من الطلاق وفي الخلع ، وغيره من الآي يدل على هذا .

400 قال الخصاص^(١) : { وكذلك امرأة طُلقت قبل الدخول وقد كانت قبضت المهر من الزوج وتجهزت به فقبضت القاضى^(٢) بنصف الجهاز^(٣) }^(٤) يعنى الزوج على ما يروى عن مالك أيضاً ، { فهذا باطل والثانى فسخه } لأن المرأة قد ملكت المهر بالقبض واشترت الجهاز به لنفسها ، فالطلاق قبل الدخول إنما يوجب عليها ردّ نصف المهر المملوك بمقدار النكاح . قال الله تعالى (فنصف ما قرضتم)^(٥) وليس الجهاز مما قرض لها ، فوجب أن لا يستحق الزوج شيئاً منه^(٦) .

401 قال : { والطلاق الثلاث فى الحيض والحبل وقبل الدخول إذا قضى القاضى بإبطاله فللثانى فسخه^(١) } لأن السلف يجمعون على وقوع^(٢) الطلاق من الثلاث^(٣) فى الحيض والحبل . وبذلك وردت الستة وهو قوله صلى الله عليه وسلم فى خبر ابن عمر و «مرءة فليسير اجنبها»^(٤) ، فالراجحة لا تكون إلا بعد حصول الطلاق ، فبان^(٥) .

402 قال : { وكذلك «لو أن قاضياً قضى بالحد بالتمريض» فإن الثانى

400 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ل .

(٣) سورة البقرة ، ٢ : ٢٣٧

(٤) ل : فإن القاضى الثانى يبطل هذا . قال الشيخ : وهذا أيضاً مذموب مالك فإنه يقول إن الطلقة قبل الدخول إذا كانت قبضت فاعتبرت به شيئاً لأن الزوج يستحق عليها نصف ما اعتبرت . وهذا أيضاً عليهم لأن المرأة إنما اشترت الجهاز لنفسها بما لها ، ونصف المهر الذى يستحقه الزوج عليها دين لزمها ، فكيف يجوز أن يستحق نصف المقرى عليها ؟ ولو جاز هذا لجاز مثله فى البيع وسائر العقود ، فبان .

401 (١) ل : أن يبطله . (٢) ف : التثنية .

(٣) أكثر ابن حنبل ، ج ١ ، ص ٤٤

(٤) ساقط من ف .

402 (١) ف : التثنية .

يطله إذا ولي قبل إرضائه^(٢) { لأن هذا خلاف الكتاب والسنة والإجماع .
 قال الله تعالى ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ﴾^(٣) نزل في قصة عائشة
 ورميها لها بالزنا - فصارت السنة مضموناً إليه كأنه قال : والذين يرمون
 المحصنات بالزنا^(٤) . والتمريض بالقذف ليس يرى بالزنى كما أن التمرريض
 بالكذب ليس بكذب^(٥) . وقال النبي صلى الله عليه وسلم : ادروا الحدود
 ما استعظم^(٦) . والمسلمون متفقون على أن الحدود لا يجوز إثباتها //
 [ل ١٠١ ب] بالمقاييس ، و^(٧) ليس ما هنا وجه يوجب ذلك الحد ، فقد
 خالف الإجماع بإيجابها^(٨) . فإذا كان النص ورد^(٩) في القذف بالزنا لم
 يجوز أن يقاس عليه غيره لأنه يكون مخالفاً للإجماع في استعمال القياس
 في إيجاب الحد .

403 قال : { وكذلك القضاء ببطان أجل العتقين باطل وللثاني فسحه {
 لأن السلف أجمعوا على تأجيل العتقين سنة . قال : { وإن كان عند^(١) هؤلاء
 أهل زمانه صواباً ، وهو خلاف أقاويل المتقدمين فإن ذلك^(٢) ينفذ ويجوز .
 قال الشيخ : هذا غلط لأن من يجهل عهد السلف لا يجوز لهم أن يحدوا قولاً
 خلاف إجماع السلف . وكذلك إذا اختلف السلف في حادثة على أقاويل
 محصورة لم يكن يجوز لمن بعدهم أن يحدوا قولاً آخر خارجاً من تلك
 الأقاويل كلها لأن هذا خلاف إجماعهم أيضاً . وهذا الوجه الثاني كان

(٢) ف : لا يجوز وقتان لإبطاله قبل إقامة الحد .

(٣) سورة النور ، ٢٤ : ٤

(٤) ل : لأن الله تعالى أوجب الحد في القذف .

(٥) ف : والتمريض هو رمي بالزنا .

(٦) قابل أبا داود ، صلاة ، ١١٤ (٧) ساقط من ف .

الشيخ أبو عبد الله^(١) يقول إنه ليس يمنع تسويغ الاجتهاد فيه لأن المسئلة قد صارت مما يسوغ فيه الاجتهاد لاختلاف السلف فيها ، فليس يمنع تسويغ الاجتهاد بإحداث قول آخر ما لم يحصل إجماعهم على قول واحد^(٢) .

404 قال : { ولو أن رجلا له على رجل مال فطالب به ، فقال المطلوب : إن لم أقضك مالك اليوم فامرأى طالق ثلاثاً ، أو قال : هبدي حرّ ، فتتّيب عنه الطالب غشّى المطلوب // [ف ٨٨ ب] أن يبحث فأتى الحاكم بالمال وأخبره بالقصة فنصب القاضي وكيلاً وأمره بقبض المال للطالب وحكم بذلك ، ثم رفع إلى قاض آخر ، فإن أبا يوسف قال : لا يجوز هذا { .^(٣) ولم يدع عن غيره خلاف هذا . ووجه هذا أن تصرف القاضي على الحر البالغ العاقل غير مفلس ولا مبذر لا خلاف أنه لا يجوز إلا أن يكون فيه حفظ المال عليه . وهذا معدوم في مسئلتنا ، فقيه تصرف على هذا الذي وصفناه فصار خلاف الإجماع [و] يجب أن لا يجوز قضائه^(٤) .

405 قال : { وكذلك رجل قدّم رجلاً إلى القاضي فقال : لآتي على هذا الرجل ألف درهم وأبى غائب وأخاف أن يتوارى هذا ، فرأى القاضي أن يجعله وكيلاً لآتيه بجملة وكيله وقبّل يمينه على المال وحكم بذلك ، ثم رفع

(٢) هو محمد بن يحيى بن مهدي المرحاني ، من أعلام الحنفية تلميذ الجصاص وأستاذ القدوري ، توفي سنة ٣٩٧ هـ . ومن هذه الجلسة حتى آخر الفترة قول مدبوس العروج .

(٣) ل : لا ينفذ لأنه خلاف الإجماع المقدم .

404 (١) ل : قال الشيخ : وينبغي أن يكون هذا قولهم جميعاً لأن تصرفه بالإجماع لا يجوز على الحر البالغ العاقل غائباً كان أو حاضراً ، ولا يجوز أن ينصب له وكيل في بعض المال .
(٢) لا يبحث الخائف ، كما لم يكن له نصب الوكيل بنبض ماله لو لم يكن هناك بلان الخائف .
كذلكه إذا حلف .

إلى قاض آخر فإنه لا يجوز { للملّة التي يتّسبأ } من جواز التصرف على الحرّ البالغ العاقل بغير إذنه ولا حفظ ماله^(١). قال : { وإنما استحسن ذلك في المفقود خاصة إذا جعل ابنه وكيلاً في طلب حقوق أبيه ، لأن المفقود بمنزلة الميت في احتياجه إلى حفظ ماله فللقاضي أن يحفظ ماله وينصب " له وكيلاً على حفظه { كما قلنا في مال الميت " .

مسئلة^(١)

406

قال : { ولو أن قاضياً قضى بين الناس زماناً ثم علم أنه جحد أو ذمى أو محدود في قذف أو قاسق أو أحمى أو مرتش في الحكم منذ ولي ، كان قضاؤه مردوداً لا ينفذ منه شيء . " والأصل في هذا أن كل من لا يجوز أن يكون شاهداً في شيء فإنه لا يجوز { [ل ١٠٣ أ] أن يكون قاضياً فيه ، ومن جازت شهادته فيه وهو مسلم فإنه يجوز قضاؤه . ألا ترى أن الرجل لا يجوز شهادته لنفسه بلا خلاف ، فلم يجوز قضاؤه لنفسه بلا خلاف . والعبد لا يجوز قضاؤه في شيء لأنه لا يجوز شهادته في شيء . وكذلك جميع من ذكرنا . والمرأة تجوز شهادتها في غير الحدود لجواز قضاؤها ، لأن الشهادة والقضاء يجران مجرى واحداً ، لأنه يعتبر في كل واحد منهما ما يعتبر في الآخر من الحرية والبلوغ والعدالة والصيانة والعفة ، فكل من جازت شهادته في شيء

405 (١) ل : أن القاضي لا يجوز تصريفه على الرجل الغائب فلا يجوز أن يجعل ابنه وكيلًا على غير المال له .

(٢) ساقط من ل .

406 (١) ساقط من ل .

بين المسلمين جاز قضاؤه فيه^(١) .

407 قال : { "فإن ولي القاضى وهو عفيف مأمن فقاضى بقضائه أو أئذ أحكاماً ثم فسق بعد ذلك أو عصى أو صار إلى حال لا يجوز قضاؤه بحكم بعد هذه فإن جميع ذلك مذمور إلى هذه الحال باطل مردود } . فأما ما حكم به قبل ذلك فإنه يجوز وينفذ . والله أعلم^(٢) .

408 "باب موت الخليفة وله قضاة"

أو عزل وله قضاة" // [١٨٩]

الأصل في هذا الباب أن موت الخليفة أو عزله لا يوجب عزل القضاة من قبل أنه كان قائماً مقام جماعة المسلمين كأنه وكيل في تولية القضاة ، فعزله لا يوجب عزل من ولاة لأنه كالوكيل بوكل الغير فإن موته لا يوجب عزل من وكاله^(١) لأنه لم يزل القضاة لنفسه وإنما ولاهم للمسلمين ، فوته وعزله لا يوجب عزل القضاة^(٢) بدلالة الوكيل في الإجارة^(٣) لما كان عقد الإجارة لأجل الموكل وهو المؤجر أو المستأجر لم يوجب موته ولا عزله بطلان

(٢) ف : وذلك أن هذه الوجوه كلها تمنع قبول الشهادة ، والقضاء في الباب أكبر من الشهادة ، والشهادة لا يستعق بها حتى ينضم إليها القضاء ، والقضاء نفه يستعق به من جهة الحكم . لما يمنع نفاذ قول الشاهد على الغير يجب أن يكون أئتم من إتهاد قول القاضى . وأيضاً لا خلاف أن الإنسان لما [ج : ما لم] تجز عهادته لنفسه لم يجوز قضاؤه له ، وأنه من حيث جازت عهادته للغير جاز قضاؤه لعله الغير الذى تجوز عهادته . فعبر القضاة بجرى الشهادة من هذا الباب ووجب أن من لا تجوز عهادته لا يجوز قضاؤه ومن جازت عهادته جاز قضاؤه في ذلك المراء الذى تجوز عهادته فيه .

407 (١) في ف جملة بنفس المسمى مع تقديم وتأخير .

408 (١) ف : بابه موت الخليفة وعزله . (٢) ساقط من ف :

الإجارة^(١). وأصل آخر وهو أن عزل الخليفة للقاضي لا يمنع تصرف القاضي ما لم يعلم بالعزل ، بدلالة الوكيل لا ينزل من الوكالة إلا بعد العلم به .
والأصل أن الأوامر والنواهي لا تلزم من جهة الله تعالى إلا بعد العلم بالأمر والنهي^(٢) . ويجوز أن يرد هذا الوصي الذي ينصبه القاضي للبيت ، إن عزل القاضي لا يخرج هذا من الوصية . فكذلك عزل الخليفة لأن كل واحد // [ل ١٠٢ ب] منها منصوب لغيره على وجه الولاية^(٣) .

409 باب الخوارج يولون قاضيا

الأصل في هذا الباب أن قضاء المتولي للقضاء من جهة الخوارج "إذا كان على الأقوال التي يجوز قضاؤه من جهة أهل العدل جاز أيضاً من جهة الخوارج . وإن كان لا يجوز قضاؤه لو كانت الولاية من جهة الإمام لم يجوز أيضاً إذا كان من جهة الخوارج" والدليل على جواز تولية القضاء من جهتهم ما روى أن شريحاً كان يتولى القضاء من جهة معاوية وغيره من بني أمية . وكذا عن شريح أنه تولّى القضاء من جهة بني أمية "الذين لم يكونوا مستحقين للخلافة"^(١) .
ولم يرد أحد قضاة الإمام بعد ما صار الأمر إلى عمر بن عبد العزيز أو غيره من أئمة العدل^(٢) . وأيضاً فإن القيام بالقضاء يلزم على الكافة على وجه الكفاية

(١) قوله "الذين لم يكونوا مستحقين للخلافة" لا يبطال الإجارة .

(٢) قوله "الذين لم يكونوا مستحقين للخلافة" لا يثبت حكمه بالأمر . والأوامر والنواهي لا يثبت حكمها على المتولين أو المتولين إلا بعد العلم .

(٣) قوله "الذين لم يكونوا مستحقين للخلافة" لا يثبت حكمه بالأمر .

409 (١) ل : ل جملة بنفس المتن مع بعض اضطراب :

(٢) ل : السادتين من طريق الحق المخاويين على أئمة المسلمين ولم يذكروا مستحقين للخلافة .

(٣) ل : ولم يرو عن أحد ممن بعد من أهل العدل فتح القضاء إلى أهلها .

كالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإقامة الحدود . فإذا مكن^(٤) بعض الناس رجلاً من القيام بهذه الحقوق من يجوز قضاؤه ولم يكن لأحد الاعتراض عليه وبسط يده في إنفاذ الأحكام على الواجب والحق وجب أن يقع ذلك موقعه^(٥) ، كما لو قدمه جماعة من المسلمين ولم يكن هناك إمام كان ذلك جائزاً . كذلك مسئلتنا .^(٦) وأيضاً فإن القاضي إذا كان في نفسه من يجوز قضاؤه لم يستبرئ فسق موليه لأن المولى قد قام ببعض حقوق الله تعالى وهو إقامة الأحكام ونصب القضاة عليها فلا يجوز يُبطل هذا أيضاً لأجل أنه لم يتم بغيره ، كالذي يلزمه فرائض كثيرة فأقام بعضها لم يجز لأحد أن يقول إن الذي قام بها وأدى حسب الواجب غير مؤدى . فكذلك هذا . ولا يشبه هذا أن يكون المولى كافراً أو عبداً لأن الكافر لا يلزمه الفرائض إلا بعد الإيمان فلا ولاية على المسلمين ، وأما العبد فلائنه لا يملك الولاية ولأننا قد بينا أن القضاء معتبر بالشهادة فمن لا يجوز شهادته لا يجوز قضاؤه . وأما في الفصل الأول فإن المولى من يجوز قضاؤه كما يجوز شهادته فلذلك ائتمروا . وأما إذا كان القاضي خلاف ما وصفناه فإنه لا يجوز قضاؤه في شيء فيلزم أن يُرد ذلك كله^(٧) .

باب استخلاف القاضي // [ل ١٠٣] 410

الأصل في هذا الباب أن القضاء لا يتضمن الاستخلاف لأنه غير مفترق إليه في نفاذ الأحكام فصار كالوكالة^(١) التي هي غير مفترقة إلى الاستخلاف . ولما لم يجر للوكيل أن يوكل غيره إذا لم يكن الموكل قد جعل إليه ذلك لأنها لا تتضمن استخلاف وكيل آخر ، كذلك القاضي لا يجوز له أن يولي قاضياً

(٥) ساقط من ل

(٤) ل : أنكر .

(٦) ساقط من ف هـ

آخر ما لم يجعل إليه الإمام أن يولى القضاء [فإذا فعل] جاز له أن يوليهم ويكونوا جميعاً قضاء الإمام كأن الإمام ولاها لأن القاضي الأول كالوكيل للإمام في نصب القضاء^(١). وليس هذا كالإمامة في الصلاة لأن الإمام قد ضمن صحة الصلاة والصلاة تحتاج في صحتها إلى الاستخلاف ، فإذا سبقه الحدث ولم يستخلف مكانه حتى يخرج من المسجد تفسد صلاة القوم . فمن هذه الجهة قد تضمنت الاستخلاف ومثله غير موجود في القضاء // [ف ٨٩ ب] فلا يجوز^(٢) أن يتضمن الاستخلاف كالوكالة على ما بيننا . وليس كذلك الوصية . إن الوصى أن يوصى إلى غيره ويقومه مقامه وإن لم يكن الموصى قال له ذلك من قبل أن الوصى يقوم مقام الميت^(٣) بدلالة أنه يتصرف على الموصى [عليه]^(٤) في ماله كما كان الميت يتصرف عليه وأنه مأمون القول من جهته . فإذا كان كذلك وكان للوصى أن يوصى ، كذلك الوصى لما قام مقامه كان له أن يوصى عنه ويقوم غيره مقامه . وليس كذلك القاضي لأنه لم يقم^(٥) مقام الإمام بل للإمام أن يعزله ويخرجه من القضاء فأشبه الوكيل من هذه الجهة ، كاليس للوكيل غيره إلا بأمر الموكل ليس للقاضي أن يستخلف غيره إلا بإذن الإمام . قال أبو حنيفة رحمه الله عليه : الوصى في شيء بعينه وصى^(٦) في جميع الأشياء ، لأنه لا يكون وصياً حتى يقوم مقام الوصى وتصرف الموصى لم يكن // [ل ١٠٣ ب] مقصوراً^(٧) على بعض الأشياء . كذلك تصرف الوصى^(٨) .

410 (١) ف : من هذا الوجه . فكما جازت الوكالة ولأن لم يكن الوكيل [ج : فوكيل] أن يوكل غيره . وجب أن يجوز القضاء وإن لم يكن له أن يستخلفه غيره . [وهنا يتبع في ل جملتان تكرران نفس المعنى مع بعض اضطراب] .

(٢) ف : يجب . (٣) ف : الوصى .

(٤) ل : الوصى . ف : الموصى إليه .

(٥) ل : يقيم . (٦) ل ، ف ، ج : وصياً .

(٧) مزيد في ل : له . (٨) ل : الموصى .

١٩) ففازت الوصية الوكالة والقضاء^{١٩} جميعاً لهذه العلة . ولهذا قالوا : إن تولية القضاء ببعض الأحكام دون بعض جائز كما تجوز الوكالة ببعض الأشياء دون بعض .

فصل^{٢٠}

411

قال : { فإن جعل للإمام إلى القاضي أن يولى غيره فوله فإن الثاني أيضاً يكون قاضياً للإمام } كما قلنا في الوكيل الثاني يكون وكيلاً للوكيل الأول مع الوكيل الأول .

فصل^{٢١}

412

قال : { وإن كان الخليفة أمر القاضي أن يستخلف رجلاً يسمع من الخصوم ويقبضوا عنده البيئات ويكتب الإقرارات ولا يقطع حكماً فأمر القاضي رجلاً يقوم بذلك على حسب ما جعل إليه الخليفة ، فإن لهذا إمضاء ما نجعل إليه من سماع البيئات وكتب الإقرارات ومسئلة الشهود ، فإذا بلغ إمضاء الحكم ينهى ذلك إلى القاضي حتى يحكم القاضي بذلك بعد أن يعرف صحة ذلك ويسمع الشهادة إن كان ذلك بالشهادة أو الإقرار إن كان ذلك بإقرار ، فيسأل من الشهود أيضاً ولا يقتصر على ما جرى عند خليفته } لأنه لا يجوز له أن يقضى بما لم يسمع ولم يثبت عنده . فصار إذن الخليفة في استخلاف القاضي هذا الرجل إنما عمل في تيسير ما يتعلق به الحكم من بينة

(١٩) ف : وفازت الوصية والوكالة القضاء .

411 (١) ساقط من ل .

412 (١) ساقط من ل . الاتياد في هذا الفصل على غلطية ف لأن هذه الصفحة في غلطية ل غير واضحة الكتابة .

أو إقرار عند خليفته . [لأنه] يقتصر على سماع خليفته لأن خليفته لما لم يجر قضاؤه لا يتعلق بسماع البيئة حكم لغيره .

فصل^(١)

413

قال : { "وإن كان الشهود شهدوا عند خليفته بالحق المدعى عليه ثم ماتوا بعد ذلك أو غابوا فأعله خليفته أنهم شهدوا عنده على كذا وكذا لم يقبل ذلك ولم يحكم به حتى يشهدوا" [ل ١٠٤ أ] بالشهادة عنده . فكذلك الإقرار إن كان المدعى عليه أقر بشيء عند خليفته ثم جحد ذلك فأنعبره خليفته أنه أقر لهذا الرجل بكذا وكذا وهو يجحد ذلك لم يقبل القاضي ذلك إلا أن يأتي الخليفة فيشهد على ذلك ويشهد معه غيره . ثم يقبل القاضي ذلك على طريق الشهادة } . وهذا بين على ما وصفنا لأن سماع الخليفة للبيئة لم يقع موقعه فصار كأن الشهود ماتوا أو غابوا قبل أن يشهدوا فلا يجوز للقاضي أن يحكم بغير سماع . وكذلك حكم الإقرار لما يتنا . وأما قول الخليفة في الإقرار من المدعى عليه للدعي بحقه فإنما لم يقبل حتى يضم إليه شهادة شاهد آخر فلأن قوله غير مقبول على المدعى عليه . ثم لا يقبل قول رجل من مرض الناس على المدعى عليه بإقراره حتى يضم إليه شاهد آخر . ولا يشبه خليفة القاضي في هذا القاضي ، إن القاضي إذا أقرّ عنده المدعى عليه جاز له أن يحكم عليه بذلك الإقرار عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، والخليفة ليس كذلك لأن الخليفة لم يسمع منه الإقرار على وجه الحكم إذ ليس هو يحكم وإنما يسمع منه كما سمع واحد من الناس لكونه غير حاكم بما سمع منه . وأما القاضي فهو حاكم يجوز حكمه ، فإذا سمع شيئاً جاز له أن يحكم

عليه بذلك كما يجوز له أن يحكم عليه بشهادة شهود المدعى^(٢).

414 قال : { ولو أن القاضى استخلف رجلاً ولم يجعل الإمام ذلك إليه لحكم خليفة القاضى^(١) بشئ لم يجوز . فإن أجاز القاضى وأقضه وحكم به فهو جائز وكان القاضى^(١) هو الذى حكم بذلك إذا كان خليفته بمن لو كان حاكماً جاز حكمه . ولو كان خليفته^(٢) عبداً أو ذمياً أو صيباً أو مجنوناً^(٣) لم يجوز إجازة القاضى لذلك الذى حكم به^(٤) . ولو كان امرأة جاز إجازة القاضى فيما حكمت في غير الحدود^(٥) وهى حرة عدل تجوز شهادتها^(٦) { من قبل أن^(٧) القضاء عقد من العقود^(٨) وكل عقد له مجز في الحال فإنه يقف على إجازة مجيزه إذا كان العائد يملك مثل المقد^(٩) . وأما إذا كان الموقّع للحكم عبداً أو ذمياً أو صيباً أو مجنوناً فإنه لا يقف لأن هؤلاء لا يملكون هذا العقد بحال . ألا ترى أن الإمام لو ولام القضاء لم يجوز قضاؤهم ؟ فكذلك ما حكموا

(٢) ف : فإن مات الشهود بعد ما شهدوا عند خليفته هذا لم يجوز للقاضى أن يحكم بذلك الشهادة . وكذلك المقرر لو مات بعد إقراره عند خليفته هذا لم يجوز أن يقضى بذلك الإقرار ، وقال له خليفته إنهم قد // [ف ٩٠ أ] شهدوا عندى أو أنه أمر عندهم بذلك ويكون الإقرار كالتعاقد على الإقرار إن انضم إليه شاهد آخر على إقراره جاز للقاضى أن يقضى بشهادتهما لأنه من حكم رجل ليس بخليفة له على ما قدمنا . وأما الشهادة فلا يعلق بها حكم لأن السامع للشاهد لا يجوز له أن يشهد على الشهادة التى سمعها إلا أن يكون الشهود الأول قد أمروا بالشهادة على شهادتهم .

414 (١) ساقط من ف . (٢) ف : ممن لا يصلح للقضاء .

(٣) مزيد في ف : وصار وجوده كعلمه .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ف : فإذا كان له مجز بأن يملك لم يقع مثله وقت على إجازة مجيزها ، وكذلك هذا . — وهما يتبع في كل فقط ما يلي :

وهذا أصل مقرر فلاس [٢] في الأصول في غير موضع . فإذا كان كذلك، فإننا في مثلنا : لأن هذا العقد الذى عقده خليفة القاضى وهو الحاكم ، له مجيزه فيقف على إجازة مجيزه ، فإن أجازته جائز فإن أبطله كما قلنا في سائر // [ل ١٠٤ ب] العقود .

بد لا يقف على إجازة أحد لأنه لا يجوز أن يكون حكماً منه بنفسه ولا يأمر غيره به . وإذا كانت امرأة فإنه يجوز في كل ما يجوز قضاءها فيه ويقف على إجازة القاضي لأنها لو استقضيت جازت أحكامها في [غير] الحدود ، كذلك إذا حكمت وقف على إجازة القاضي وصار كأنها قضت بأمر القاضي عند الإجازة^{١٦} .^{١٧} وليس كالمصبي إذا طلق امرأة إنسان فأجاز الزوج ذلك الطلاق ، لأنه يجوز من قبل أن الزوج لو كان وكل المصبي بطلاق امرأته جاز طلاقه ، والإمام لو جعل القضاء إلى هذا لم يجر ، وكذلك إن القاضي المجيز لو كان قد جعل إليه الاستخلاف فاستخلف هذا لم يجر قضاؤه ، كذلك لم يجر أن يقف بعده عليه . وهذا الوجه الثاني يمكن أن يستمد عليه أيضاً وذلك أن القاضي إنما يجيز قضاء هذا لو رأى استخلافه فإذا كان خليفته ممن لا يجوز قضاؤه أن لو كان الاستخلاف إلى القاضي وقد ولاه لم يقف على إجازة القاضي إذا أجازها ، وإنما يجيز ذلك القضاء ، وإذا لم يكن قضى على وجه القاضي لم يكن ممن يجوز قضاؤه بحال^{١٨} . [ف ٩٠ ب] .

باب القاضي يعزل فيطالب 416

بشيء مما كان فعله وهو قاض^(١)

الأصل في هذا الباب أن قول القاضي مقبول في برائة نفسه غير مقبول على المقضى عليه في إزالة ما كان يملكه من ملكه ولا في إيجاب الضمان على المقضى له^(٢) . وذلك أمين فيما يقضى به ، وقول الأمين مقبول في برائة نفسه

(١) الاعتماد هنا على ل . أما ف فقها تقديم وتأخير وكثير من القوم .

(٢) الاعتماد هنا على ف إذ أن غطوطة ل غير واضحة .

416 (١) الاعتماد في هذا الباب على غطوطة ف إذ أن غطوطة ل غير واضحة في أول الباب .

(٢) مزيد هنا في ف و ج : مقبول . ولعل هذه الكلمة كانت بمثابة تعليق على المحاجة ثم قلها الناسخ خطأ إلى الحق .

غير مقبول في إيجاب الضمان على غيره أو إزالة ملك الغير ، كالوكيل بعد المزل إذا قال : قد بست ما وكلني ببيعه وأخذت الثمن وضاع مني ، وهو قائم بعينه ، إنه مصدق في براءة نفسه من الضمان غير مصدق على إزالة عين الموكل ببيعه من ملكه . ولو كان [العين]^(٣) استهلكا لم يكن عليه . وكذلك المودع إذا قال : قد دفعت الوديعة إلى وكيلك بالقبض ، وقال هو : لم يدفعها إليه ، وقد هلك الوديعة ، لم يجب على المودع ولا على الوكيل بالقبض شيء . كذلك القاضي قوله مقبول في براءة نفسه إذا كان المقضى به غير قائم بعينه مثل أن يكون مالا استهلك أو حق عبد أو طلاق امرأة أو التودد أو قطع يد ، ولا ضمان على المقضى له إذا لم يقر بشيء من ذلك لأن قول القاضي غير مقبول في إيجاب الضمان على غيره . ولو كان المال قائماً بعينه قد اعترف المقضى له أنه أخذه منه على وجه [القضاء]^(٤) لم يصدق القاضي ولا المقضى له على إزالته من ملك المقضى عليه . وإنما يفارق القاضي الوكيل والمودع من وجه واحد وهو أن القاضي لا يمين عليه في شيء من هذا ، والوكيل والمودع عليهما من إسقاط الخصومة وإن قبل قولها في برائتهما . وذلك أن القاضي لو كان عليه اليمين فيما يتعلق به من الحكم لصار خصماً ولم يجوز تضارؤه . وهذا معدوم في الوكيل والمودع . فلذلك اقرقا .

418 "باب خطأ الحاكم" // [ل ١٠٥ ب]

الأصل في هذا الباب أن القاضي منصوب لكافة الناس لأن نفعه طامد على جميع الناس ولأن إقامة أحكام الله تعالى قد لومت "لسائر المكلفين" .

(٣) ف و ج : العبد . (٤) ف و ج : القاضي .

418 (١) ل : باب خطأ القاضي وأنه على وجهين .

(٢) ل : جميع الناس من الغلاء للأحكام .

وقد أقاموا القاضى مقامهم فى إقامة تلك الأحكام من حيث تعذر قيام الناس بأنفسهم بإقامة هذه الأحكام . فإذا كان كذلك قلنا ^(٣) ما لحقه ^(٤) من جهة الحكم على وجه الخطأ أو النطأ يكون على وجهين ، أحدهما أن يكون المحكوم به حق الله تعالى ^(٥) مثل الرجم والجلد فى الزنا ونحوهما فيكون دية المرجوم وأرش الزانى فى بيت المال ^(٦) ، ^(٧) لأن فى بيت المال حق جميع الناس فالحق من جهة الحاكم فإنه يثبت فى الموضع الذى فيه حق جميع الناس وهو بيت المال ^(٨) . والوجه ^(٩) الثانى أن يكون المحكوم به حقاً لبنى آدم كالقضاء للمال والعقد أو العتق أو غير ذلك من حقوق الأديين فيما كان قائماً بعينه ردة على حاله كأن القضاء لم يكن ، فقد بينا أن ذلك القضاء لم يكن قضاء سواء كان ذلك بما يلحقه النسخ كالبيع ونحوه أو بما لا يلحقه الفسخ كالعتق والطلاق لأن وجود ذلك القضاء كعدمه . وإن كان المقضى به غير قائم بعينه فعلى المقضى له قيمته لأنه إنما أخذه ^(١٠) له ^(١١) فصار كأخذه يدهم وتسليمه إليهم بأمره على أنه له ، فإذا لحقه الضمان بذلك رجع به عليه . كذلك هذا . فأما القاضى فلا يلزمه شيء لأنه لم يصّر بذلك متعدياً إذا لم يعتمد الخطأ وإنما غنى عليه أمر الشهود فى كونهم هيئداً أو محدودين فى قذف فعصار كالوكيل الذى لم يصّر متعدياً بتصرفه ولأن القاضى لو لزمه الضمان صار خصياً فى تلك الخصومة فلم يمكن بقاءه

(٣) ف : ما لا يجوز للقاضى .

(٤) ف : كعدم الرضا وغرب الخمر فيكون الضمان فى بيت المال .

(٥) ف : لـ . حق الكفاة ثابت فيه والمحكوم به حق لله تعالى لزم الكفاة // [ف ٩٩ أ] القيام به والقاضى قائم بمقامهم ، وجب أن يكون ما لحقه من الضمان بدله إذا لم يكن هو متعدياً بدله أن يكون فى بيت المال الذى هو حق الكفاة .

(٦) من هنا إلى آخر الباب جرى الاعتماد على مخطوطة ف لأنها أوضح ، ولا فرق أساسى فى المسق مع وجود فروق لفظية كثيرة لا فائدة من إثباتها . انظر المقدمة لمرة أسباب الفروق اللفظية بين المخطوطات .

(٧) أى القاضى . (٨) أى المقضى له .

على القضاء . ومعلوم أن وقوع الغلط والخطأ على هذا الوجه لا يخرج من
القضاء فوجب أن لا يلزمه شيء . وأما // [ل ١٠٦ أ] إذا تمعد الخطأ والجور
في قضائه فإذا اعترف بذلك عُزِّرَ ، وعليه غرم ذلك للقضى عليه . ولا يصدق
على نقض القضاء على المقتضى له إن كان قد وقع على وجه يجوز في الظاهر
ويتعزل عن القضاء بالباطل والجور يوجب التمسك والتسليم بخبره من القضاء .
فإذا اعترف بذلك كان قوله مقبولا على نفسه من خروجه من القضاء بنفسه
ووجوب التعزير عليه ووجوب الضمان للقضى عليه . ولا يصدق على المقتضى
له من فسخ القضاء لأن الظاهر أن القضاء جائز ، فلا يقبل قوله أنه باطل .
وهذا ينبغي أن يكون إقراره على غير وجه الندم والتوبة والإقلاع عن ذلك ،
فلا ينبغي أن يُعزِّرَ ويعود على قضائه على حاله وإن كان معترفا بأنه قد كان
المرء قبل ذلك لأن القاضى إذا فسق ثم تاب عاد على قضائه عندهم . كذا هذا .

417 باب القاضى يقضى بالقضاء ثم يرى بعد ذلك خلافه

ذكر { حديث إسماعيل بن عمار^(١) عن داؤود عن الشعبي أن النبي صلى الله
عليه وسلم كان يقضى بالقضاء ثم ينزل // [ف ٩١ ب] القرآن بنير الذى
قضى فيرد^(٢) قضاءه ويستأنف^(٣) . { قال الشيخ^(٤) : وليس هذا في مسئلتنا
لأن النبي صلى الله // [ل ١٠٦ ب] عليه وسلم إنما يفعل هذا لأن الأول
يصير مسوغا للثانى الذى أنزل عليه . وكلامنا في الحكم بما يسوغ فيه الاجتهاد
وإذا أدى اجتهاده إلى خلاف الأول هل ينقض الأول أو يقيه على حاله ؟
فبان أنه ليس للحديث تعلق بمسئلتنا . والذى يدل على صحة مسئلتنا أن ما لم

417 (١) أنظر ابن سعد ، طبقات ، ج ٦ ، ص ٢٠١

(٢) ل : فلا يرد . (٣) لم يرد هذا الحديث في ولسنك .

(٤) الاعتماد من هنا إلى آخر الباب على غلطية ف لا إذا أضرنا إلى خلافه .

بعد الاجتهاد الثاني فيما يؤدي إليه اجتهاده يكون الصواب إذكل يجتهد مصيب عندنا فيما يؤدي إليه اجتهاده في موضع يسوغ فيه الاجتهاد . فإذا كان كذلك فالأول قد حكم به على وجه الصواب فلا يجوز له فسخه كما لو كان قاضياً آخر ففضى به لم يكن فسخه . وقد بينا عن عمر وغيره من الصحابة أنهم كانوا لا^(٥) يردون القضاء الأول إذا أدى اجتهادهم في الثاني إلى خلافه .

418 قال : { ولو أن قاضياً قوض^(١) إليه في أمر من الأمور وهو يذهب في ذلك إلى مذهب وفي هذا الأمر اختلاف بين العلماء فلي القاضى رأيه ومذهبه في ذلك وقضى بخلافه ، والذي قضى به بما قاله بعض العلماء فإن أبا حنيفة قال : أمضى هذا القضاء ولا يرجع عنه إذا كان ذلك بما قد جاء الأثر فيه ، وقال أبو يوسف : رد ذلك ويقضى بما كان عليه رأيه } . وذلك نحو قول الرجل لامرأته : أنت خلية أو برية أو بسة ، والقاضى يرى أن ينوى في ذلك فلي رأيته وجعلها بائنة بثلاث فإن حل قول أبي حنيفة قضاء نافذ وعلى قول أبي يوسف يرجع من ذلك ويشهد أنها واحدة وهو عاطب^(٢) .

419 قال الشيخ : هذه المسئلة حسنة وهى مبيحة على اختلافهم في جواز المجتهد تقليد غيره^(٣) مع اجتهاد نفسه بخلافه^(٤) . قال أبو حنيفة : جاز . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز . فأبو حنيفة لما كان عنده جواز تقليده مع الذكر ، فع النسيان أيضاً يجوز له أن يقضى بمذهب غيره . وعند أبي يوسف أنه لما كان من أصله أن تقليده // [ل ١٠٧ أ] لمذهب المخالفين في الاجتهاد "لا يجوز في حال الذكر كذلك في حال النسيان لا يجوز إعضاء الحكم على مذهب من عالفه في الاجتهاد ، فيبغى أن ينقض ذلك الحكم على رأيته^(٥) .

(٥) ل ل فقط .

418 (١) ل : خوصم .

(٢) ج : خاطبه . والمخاطب هو الطالب ، أنه طالب لطلاق .

419 (١) ساطع من ل . (٢) ساطع من ل .

وهذا الخلاف كان الشيخ أبو عبد الله^(٣) يقول على القلب بما كان الشيخ أبو بكر يقول وقد ذكر الخصاص على حسب ما قال الشيخ أبو بكر وصار كأنه قضى بمذهب نفسه وقضى بما لا يسوغ فيه الاجتهاد . ولم يختلفوا أن هذا لو كان حكماً لا يسوغ فيه الاجتهاد ونسى الواجب أن قضاؤه لا يجوز . ولهذا مُرِط إذا كان ما قد جاء فيه الأثر ، يعنى بما يسوغ فيه الاجتهاد لأن ورود الأثر فيه يسوغ فيه الاجتهاد // [ف ٩٢ أ] وإذا لم يكن قد حصل الإجماع على خلافه . إلا أن مذهب أبي حنيفة في هذا مشكل لأن أبا حنيفة إنما قال في مسألة الأصل بما قاله من قبل أن تقليده لمذهب من هو أفقه منه يكون اجتهاداً إذ إنما يسوغ له الرجوع إلى قوله إذا كان اجتهاده يؤدي إلى أن ذلك أفقه منه ، والحكم بطرق الاجتهاد والرأى في هذا معدوم في مسئلتنا إذ لم يقل أنه حكم بمذهب غيره على هذا الوجه . فإن حمل الكلام على أنه حكم بمذهب غيره على وجه الاجتهاد صحيح ، وإلا لم يصح .

420 باب ما يحلّ قضاء القاضى وما لا يحلّه

الأصل في هذا الباب أن قضاء القاضى في الباطن كسُوء في الظاهر في العقود وفسخها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف على ما قال هاهنا . وحكمه^(١) في الظاهر كسُوء في الباطن في جميع الوجوه وهو قول محمد . وقد اختلفت الرواية عن أبي يوسف في كتاب العتاق في مسألة العبد وفي كتاب النكاح في مسألة تزويج الوكيل إذا جحد الموكل النكاح فقال في أحد الموضعين مثل قول أبي حنيفة وفي موضع آخر مثل قول محمد . والمسلتان جميعاً مبنيان على

(٣) أنظر فقرة 403 ، ملاحظة ٢ . ومن هذه الجملة إلى آخر الفقرة قول أحد تلامذة الجصاص ، أى مدّرس هذا المرح .

هذا الأصل . وكان الشيخ يقول : إن آخر قوله مثل قول أبي حنيفة . وقد بينا الأصل المختلف في تعليق النكاح والعناق // [ل ١٠٧ ب] وغيره .
 ٣١ وتفسير ذلك كله أن القاضى إذا حكم لرجل على رجل ببيع عبد أو غيره أو حكم على امرأة لرجل بالنكاح أو غير ذلك من بينة العقود ، والمحكوم له يعلم أن شهوده شهدوا له بزور ، جاز له أن يعطى المرأة المحكوم له بنكاحها ، وكذلك المحكم فى البيع وإن علم المقضى له أنه لم يكن هناك عقد . لحكمه فى الباطن كبره فى الظاهر ، ويكون البيع بينهما صحيحاً على ما حكم به القاضى .
 [وعنده ٣٢] : قضاء القاضى بهذه العقود نافذ فى الظاهر ويلزمه حكمها ، إلا أنه مع ذلك حكم الباطن لازم فيها بينهما ، فلا يسمع الرجل قرب المرأة المحكوم له بنكاحها ، ولا يسمع المشتري أن يقرب الباعية المشتراة بحكم الحاكم بشرائها له . وأما الأموال فلم يختلفوا أن حكم القاضى للمقضى له بالمال الذى فى يده المقضى عليه من العقار أو العروض أو غير ذلك من الاحتباب والديون لا يصح له أخذه فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن حكمه فى الظاهر كبره فى الباطن فإنه لا يحمل له أخذه إذا كان طاملاً بأن القاضى قضى له بالباطل ، على هذا الخلاف ٣٣ .

421 وأصل ٣١ ما يحتاج لآبى حنيفة فى هذا قصة هلال بن أمية أن النبى عليه السلام قال ٣٢ حين فرّق بينه وبين امرأته بالامان ، إن جاءت به على صفة كيت وكيت فهو لثريك ، ٣٤ وإن جاءت به على كيت وكيت فهو لهلل ، فجاءت به على الصفة المكروهة من الزنا فلم يُبطل حكم الفرقة وقال « لولا ما معنى

(٢) ل : ومثلهما . ولعل للراد : عنده ، أى عند محمد .

(٣) ساقط من ف .

(٢) ساقط من ف .

421 (١) ف : واحد .

من كتاب الله تعالى لكان لي ولها شأن،^(٣) . ولم يفسخ تلك الفقرة مع هله
بالقصة على خلاف ما قُصِّتْ^(٤) وأن الفقرة لم تكن واجبة ، ومع هذا لم
يفسخ تلك الفقرة وأعضاها . فإذا ثبت هذا في فسخ العقد ثبت مثله في العقد^(٥)
لأن أحداً لم يفصل بين العقد والفسخ . وأيضاً فإن للقاضي ولاية في العقود
على الناس وفسخها ، ألا ترى أن له أن يبيع على الغائب مما يحفظه عليه ، وله أن
يبيع على الميت ويفسخ عليه ؟ وهذه الولاية قائمة على جميع الناس وإن كانت
في بعض المواضع تعقد عليهم^(٦) دون بعض . فإذا كان كذلك فني أوقع العقد
أو الفسخ على وجه يجوز من مالكة في حال هو مأمور به لا يسمه تركه وجب
أن يثبت العقد ويصح . وكذلك الفسخ قياساً على^(٧) عقد نفسه^(٨) وعقد المالك
على نفسه من حيث أوقعه من لا ولاية له على الوجه المأمور به . ولا يمتنع
^(٩) على هذا^(١٠) القاضي بنكاح // [١٠٨ ل] المقضي له أو ذات // [ف ٢ ب]
محرر منه إذا تبين في الثاني أنها محرمة منه لم ينفذ عليها لأن المقضي له^(١١) لو تزوجها
لم يجوز ، ونحن إنما جعلنا عقده كمقد المقضي له بالماله التي قدمنها . ولا يمتنع
على هذا أيضاً بتزويج الخامسة لهذه الملة . ولا يمتنع عليه بالقضاء بالعقد ثم
تبين أن الشهود حيد وإن أوقعه على سائر الشرائط المذكورة من الملة ، وذلك
أما نقول : إن العقد واضح مانعنا إلا أن هتدنا لو عقد المقضي له أيضاً لا يمنع
إلحاق الفسخ به . ألا ترى أنه لو تزوج امرأة بغير إذن وليها وهو خير كفؤ لها
جاز النكاح ومع هذا للأولياء فسخ النكاح ؟

(٣) هذه القصة مروية مع بعض الاختلاف في ترجمة شريك بن السجاء (أسد الغابة
لابن الأثير ، ج ٢ ، ص ٣٩٧) وفي ترجمة هلال بن أمية (ج ٥ ، ص ٦٦) .

(٤) ف : فباعت به على تلك الصفة وبين الأمر على ما قال هلال .

(٥) ف : العقود . (٦) ساقط من ل .

(٧) ف : من عقد نفسه . (٨) ساقط من ل .

(٩) ساقط من ل .

422 ولا يلزم على هذا الأموال لأن القاضي لا يقضى في الأموال بالملك^(١) وإنما يقضى بالتسليم ، والتسليم لا يوجب الملك . فإذا أثبتنا أن المال للقضى^(٢) عليه وجب رده كالأخذ المقتضى له على غير وجه التملك وجب عليه رده على صاحبه لأنه ليس للقاضي ولاية في تسليم الأموال إلى غير أهلها بغير بدل يحصل لهم ، فلا يلزم على الملة . وأما قوله تعالى ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ ﴾^(٣) وغير ذلك من الظواهر والآثار ، ونبيه من أكل مال الغير بالباطل ، وقوله عليه السلام « من اقتطع مال امرئ مسلم يمينه لقي الله تعالى وهو عليه غضبان »^(٤) فإن هذا كله لا يدل على موضع الخلاف إذ ليس فيها ذكر العقود ولا فسحها ، وإنما المذكور الأموال فقط . ومذهب أبي حنيفة في الأموال أن قضاءه في الظاهر كغيره في الباطن إذ لم يكن هناك عقد أو فسح فقد يوجب ذلك المسأل للقضى^(٥) له في الظاهر^(٦) . //

[ل ١٠٨ ب] وقد روى عن علي رضي الله عنه في القضاء بالنكاح : شاهدك^(٧) زوجك^(٨) ، حين قالت المرأة : زوجتني يا أمير المؤمنين فما بيني وبينه نكاح . ولا يعرف مخالف في هذا غير أصل في هذا الباب^(٩) .

فصل

423

قال : { ولو كان الزوج الثاني جاهلا بأمرها } ، يعني أن القاضي فرق بينها وبين // [ل ١٠٩ أ] الأول بشهادة شهود زور أو نحو ذلك ، { يسع الثاني

(٢) ف ، ج : المقتضى .

422 (١) ل : بالمال .

(٣) سورة البقرة ، ٢ : ١٨٨

(٤) أنظر بخاري ، صحيح ، ٢٤ ، وابن حنبل ، ج ١ ، ص ١٨٩

(٥) ف : المقتضى .

(٦) غلطوطه ل ثبتت هنا أحاديث أخرى كالسابق إنما جنى الكلمات غير واضحة .

(٧) يسانى في ف .

(٨) مزيد هنا في ل موجز لفظا التي مرث .

المقام معها { لأن الظاهر أن الفرقة صحيحة وليس عليه حكم ما لا يعلمه ، ولم يجعل له طريق إلى معرفته ولا يكلف ذلك إذ أمور الناس محمولة على الصحة دون الفساد . وهذا على مذهبهما ، فأما على مذهب أبي حنيفة فسله كان الثاني عالماً بأمرها في الفرقة أو جاهلاً فإنه يسهل المقام معها لما يتسأ أن حكم القاضي في الظاهر وهي مكلفة وجب أن يكون كذلك حكمها في الباطن عنده . ^(١) قال :

{ وليس للأول أن يقربها } ، يعني على قولها أيضاً وإن كانت هي امرأته في الباطن على قولها . وذلك أن [ف ٩٣ أ] فرقة القاضي في الظاهر ترفع الزوجية ، فصارت هي أجنبية منه عند الناس لو وطئها لزمه الحد ، فلا يجوز له أن يفعل ما يستحق به الحد ويكون فاسقاً عند الناس . وكذلك لا يجوز له أن يتزوج أختها لأن الأولى وإن كانت في الظاهر قد بانت منه فهي عندها امرأته على أصلهما أن القضاء في الظاهر كهي في الباطن لا يجوز أن يتزوج أختها مع كون الأولى امرأته في الباطن . ولا يتزوج أوطأ في حقده واحدة لأن الأولى بعد تحته . فإن كانت الأربع تزوجها في حقده [ل ١٠٩ ب] متفرقة فإن نكاح الثلاث الأولى صحيح ويطل نكاح الرابعة . وعلى هذا تجري المسائل : يلزمه اجتنابه الأولى لكونها أجنبية منه في الظاهر ما لم يحدث هناك في الظاهر ما يكون سبباً لإباحة الوطء في الظاهر مثل أن يكون قد تزوجها الثاني فدخل بها ثم طلقها وانقضت عدتها فتزوجها الأولى . وأما قبل ذلك فلا يجوز كما قلنا ^(٢) . { فإن قالت المرأة : قد تزوجت زوجاً غيرك ودخل في وطلقتي وانقضت عدتي ، والزوج يعلم كذبها ^(٣) أو يظن في ظنه أنها كاذبة لم يسهل أن يتزوجها } لأنه ليس لقولها حكم إذا كان الزوج يعلم كذبها ، فصار كأنه لم يوجد . فلا يجوز أن يتزوجها لأنها تحت الزوج المحكوم به في الظاهر عنده ، وقولها الكذب لم يرفع هذا الظاهر .

423 (١) الامتداد هنا على ف . أما ل فيها تقديم وتأخير مع بعض الاضطراب .

(٢) ل : كذلكها .

{ ولو شهد بتزويج الثاني وطلأها شاهدان بالزور وفرق القاضي بينها وبين الثاني وانقضت عدتها كان للأول أن يتزوجها وإن علم كذب ذلك { لأن حكم القاضي بطلان نكاح الثاني يرفع تحريم الأول ، فجاز للأول أن يتزوجها إذ عنده إنها على زوجيته ، غير أنه لم يكن يسهه المقام معها مع ظاهر التحريم . وقضاء القاضي بطلاق الثاني يرفع نكاحه في الظاهر . فإن كان قد دخل بها حل للأول أن يتزوجها إذا انقضت عدتها ، فإذا تزوجها ارتفع التحريم الظاهر بينما ويمكن أمرته بنكاح جديد في الظاهر ، وأما في الباطن فهي أمرته على النكاح ^(١) الأول .

قال : { ولو أن رجلاً أكلت عليه أمته يتنة أنه أقر ابنته " بشهود زور فأعتقها القاضي وجعلها ابنته في الحكم فلا يحل له أن يطأها ولا " بقرها ولا يحل لها أن تأكل من ميراثه شيئاً { ، وهذا قول أبي يوسف . وقال أبو حنيفة : لا بأس أن تأكل ^(٢) من ميراثه وموته " ، ^(٣) لأن حكم الباطن كبر في الظاهر عند أبي حنيفة // [ل ١١٠ أ] على ما قلنا في سائر العقود ، لأن حكم القاضي بالسلب حكم بثبوت القسرات والفراس لا يكون إلا من نكاح أو ملك أو ما جرى مجراهما " .

424 (١) كذا في ج . وف ل . ف : نكاح

425 (١) ساقط من ل .

(٢) ف : قضى القاضي بذلك لإنهاء تكون حرة وليس له أن .

(٣) ل : مهراته وترته .

(٤) ف : فجعل هذه المسئلة على الخلاف كالمسائل المتقدمة في العقود ونفسها // [ف ٩٣ ب] ولأن لم يكن ما هنا عقد ولا فسخ عقد . والقي لفرقه من الخلاف ما يكون عقداً أو فسخ عقد . فإن كان هذا صحيحاً على قياس هذا أن تكون الشهادة على الإقرار بالمال وسائر ما يتعلق بالقول مثل هذا .

426 قال : { ولو أن رجلا باع من رجل أمة يبعاً صحيحاً لجحد المشتري ذلك وحلف فإن أبا حنيفة قال : إذا أجمع البائع على ترك الخصومة فلا بأس أن ينشئ الأمة ويبيعها ، وإن كان طعماً أكله ، وإن كان ثوباً لبسه وإن كانت الخصومة^(١) في دابة " لم يكن له ذلك . وكذلك قول أبي يوسف ، { وذلك أن الحلف إنما هو لإسقاط الخصومة في الحال ، لا للقضاء بفسخ البيع على البائع لأنه [لو] وجد البينة على دعواه لزوم المشتري الجارية وإن كان قد حلف . فإن أن حق البائع في الخصومة باق وأن البيع لم يفسخ من جهة . وأما الفسخ من جهة المشتري فإذا أجمع رايه على ترك الخصومة صار ذلك رضاه بالفسخ فترجع الجارية إلى ملكه كما كانت . وهذا مثل الإقالة من المشتري قبل قبول البائع وإن قبلها البائع رجعت الجارية إلى ملكه ، وإن لم يقبلها لم ترجع إليه كذلك " .

فصل^(١)

427

{ ولو لم يكن كذلك ولم يكن رد الجارية على البائع بسبب وجده فيها وهو فيه ظالم فقامت البينة بذلك بالزور أن العيب كان عند البائع ، إذا استحلف على ذلك فتكل عن البين فرد القاضى الجارية عليه فإن له أن يطلأما ويتصرف فيها تصرف الملاك على قول أبي حنيفة سواء عزم على ترك الخصومة أو لم يعزم { . وليست هذه كالأول . وأما في قول أبي يوسف فليس له أن يتصرف فيها ما لم يعزم على ترك الخصومة كالأول . وهذا على ما بينا من الخلاف أن البينة هاهنا أو إلهـ [البائع]^(٢) عن البين سبب لفسخ البيع في الظاهر ، فقضاء

426 (١) ساقط من ل .

(٢) الاعتماد هنا على ف لـ لأن له حسب استغلاص منهاها في هذه الفقرة .

427 (١) ساقط من ل . والاعتماد في هذا الفصل على ف لصورة استغلاص المني من ل .

(٢) في ف ، ج : الزوج ، وهو خطأ .

القاضي بذلك يوجب فسخ البيع في الباطن كهو في الظاهر عنده . وفي قول
أبي يوسف لا يوجب فسخ البيع في الباطن فلا يجوز له تصرفه فيها حتى يزم
على ترك الخصومة ، فيكون ذلك رضاء بالفسخ . وأما المسئلة الأولى فلي
قولين جميعاً لم يوجب به حلف المشتري // [ل ١١٠ ب] فسخ البيع كما
قدمنا ، فلذلك لم يجوز له التصرف إلا مع ترك الخصومة على ما بينا . وأيضاً
في الفصل بينهما : إن حلف المشتري هناك على أنه لم يشتري شيئاً فكيف يكون
فسخاً لمقدّم لم يقع عنده ؟ وما هنا العقد واقع والقضاء إنما وقع على الفسخ //
[ف ٩٤ أ] بالبينة أو نكول البائع ، فصار كما قلنا في مسئلة الطلاق ونحوها .

مسئلة

428

قال : { ولو أن رجلاً قال لامرأته : أنت طالق البتة ، وهو ينوي
واحدة ، ثم خطبها على صهر جديد وشهود ، ثم رافعت إلى القاضي وجعلها
ثلاثاً وفرق بينهما فإنه لا يسع الزوج أن يقربها ، وإذا انقضت عدتها جاز لها
أن تزوج وجاز للزوج أن يتزوج أختها وأربعاً سواها } .^(١) قال الشيخ :
هذا قول أبي حنيفة ، وعلى أصلهما إن القاضي إذا قضى بخلاف ما عند القاضي
له هل يجوز له تقليد حكمه فيما بينه وبين الله أم لا . قال أبو يوسف ومحمد :
لا يلزمه على اختلافهم في تقليد المجتهد مذهب غيره ، إلا أن الخصام لم
يذكرها هنا خلافاً . فجاء أنه حمل المسئلة على أن الزوج لم يكن من أهل
الاجتهاد فتكون المسئلة بخلاف على ما قاله . وإن كان من أهل الاجتهاد
حمل على ما قال الشيخ^(٢) . إلا أنه قد مرّ قبل هذا في الباب الكبير في المسئلة
أن الزوج إذا كان عالماً بالحكم ، إن على قول أبي يوسف وحده ، لا يلزمه
حكم القاضي فيما بينه وبين الله تعالى ، وفي قول محمد يلزمه . وإنه لم يجعل هذا

كاختلافهم في تقليد أحد الفقيهين للآخر كما بينا في الفصل بينهما هناك . فيجب أن يكون الخلاف في هذه المسئلة على هذا الوجه : أن يكون محمد مع أبي حنيفة في لزوم حكم القاضى وثبوته في الظاهر والباطن وإن كان مع أبي يوسف في مسئلة القضاء بالإباحة مثل أن يرى القاضى أن لفظ البائن والحرام لا يوجب البينونة ، لحكم بإباحة النكاح ، والزوج يرى البينونة ، فإذا كان الزوج هو الذى يرى البينونة لا تقع بهذا اللفظ والقاضى قد حكم بالبينونة فلا خلاف أن البينونة تقع في القضاء فيما بينه وبين الله . لأن هذا مما يسوغ فيه الاجتهاد [٢٧] وقد حكم بالتحريم وهذا كما يستدل لمحمد على أبي يوسف . فإذا كان ذلك وجب أن تكون مسئلتنا بلا خلاف على ما قال الخصاف لأن القاضى قضى بإيقاع الثلاث . وقال الشيخ بعد ذلك : هذا قولهم جميعاً ، يعنى على الوجه الذى حكيناه عنه والذى كان يفرق لأبى يوسف بين القضاء بالإباحة وجعل لفظ البائن رجعية ، وعند الزوج أنها رجعية إنه يلزمه حكم القاضى فيما بينه وبين الله . وعنده أيضاً أن الرجعة يلحقها بينونة [٢٨] [ف ٩٤ ب] ، فقضاء القاضى بالبينونة في موضع يسوغ فيه الاجتهاد ويقطع حكم الرجعة كما يقطع بينونة الزوج الرجعية ، فكونها رجعية عنده [يمنع] [٢٩] البينونة بقضاء قاض ، فذلك هذه [٣٠] عليه . وإذا كان اللفظ يوجب البينونة عنده فهو بائن ، فقضاء القاضى بالرجعية [ل ١١١ ب] لا يرفع البينونة عنده كما لا يرفعها فعل الزوج ، ولا يجعلها رجعية هذا الذى يمكن أن يفصل بينهما ، وليس يقوى لأن القاضى قد قضى في الحالتين في موضع يسوغ فيه الاجتهاد فوجب أن يثبت حكم القضاء ، فلا اعتبار بما عند الزوج .

(٢) كذا في ج .

(٣) كذا في ج . وفي ف : لم تقع . ثم يوجد بياض .

(٤) الاعتداء في هذه الفقرة على ف مع استئناس بمخطوطة ج . والفترة لا تخلو من لبهام . أما مخطوطة ل فيها تقديم وتأخير . وقد ذكرنا في المقدمة أسباب الاختلاف بين المخطوطات .

باب ما ينبغي للقاضي أن يضعه على يدي

429

عدل إذا خوصم إليه فيه

الأصل في هذا الباب أن المدعى إذا كان ما يتعلق ^(١) به معنى تكون المطالبة فيه لله تعالى ^(٢) فإن على القاضي أن يحتاط فيه ويحول بين المدعى عليه وبين المدعى ^(٣) إذا قامت بينة على الحق وإن لم يُركبوا ^(٤) . وإن كان لا يتعلق به تكون المطالبة فيه لله تعالى ^(٥) لم يحل بينه وبين المدعى ، ما لم يخف عليه إيلافه . وأما إذا لم تقم بينة على دعواه وأقام شاهداً واحداً فإنه لا يحول بينه وبين المدعى في الوجهين جميعاً ، وتفسير ذلك : رجل في يديه أمة ادّعاها رجل وأقام عليها شاهدين عند القاضي أنها له ، والذي هو في يديه ينكر ذلك ، والقاضي لا يعرف الشهود ، فإنه ينبغي للقاضي أن يضع الجارية على يدي امرأة ^(٦) ثقة مأمونة ، حتى يسأل عن الشهود ولا يتركها في يدي الذي هو في يديه لأن المعنى الذي يتعلق به وهو المنع من الوطء . حق لله تعالى وهو المطالب به ^(٧) . ^(٨) ألا ترى أن المرأة الموطوءة لو رضيت بإسقاط الحد عن الوطء لم يسقط الحد عنه ولا عنها ويضربان جميعاً ؟ لأن إقامة الحد حق لله تعالى ، فكذلك ما هنا المنع من الوطء . حق لله تعالى والقاضي أن يمنع الذي في يديه الأمانة من وطئها إذا أقام المدعى شاهدين ، لأنه متى زكيت البينة بعد القضاء بالسمع المتقدم فيكون المدعى عليه قد وطئ . ملك المدعى ، فعلى القاضي أن يمنعه من ذلك سواء كان الذي في يديه مأموناً أو غير مأمون ،

429 (١) ف : حق الله تعالى به .

(٢) ل : إذا أقام أحداً شاهدين على دعواه .

(٣) ف : وأما إذا لم يكن الحق لله تعالى .

(٤) ف : عدل ، لأن المنع من الوطء للسلطان حق لله تعالى .

لأنه وإن كان مأمونا فهي عنده أنها جاريةته فلا يمنع من وطئها^١ .

430 قال^(١) : { وكذلك لو لم يدع الرجل ولكن الأمة ادعت أنها حرة الأصل أو أن مولاهما الذي هم في يده اعتقها وأقامت بيته على ذلك فهو مثل هذا . وكذلك امرأة ادعت على زوجها الطلاق الثلاث وأقامت على ذلك بيته فإنه يلغى للقاضي أن يمنع الزوج منها ويحول بيته وبين الدخول عليها // [ل ١١٢ أ] إلا أنها لا تخرج من منزله . وليس هذه كالأمة في هذا الموضع من قبل أن هذه لا تحظر من أن تكون مطلقة أو غير مطلقة ، فعليها العدة ولا يجوز إخراجها من منزله ما لم تنقض عدتها ، وإن كانت غير مطلقة فهي زوجته فلا تخرج من البيت . وهذا على أنه دخل بها قبل ذلك . وأما الأمة فليست كذلك لأنها إن كانت معتقة فالواجب إخراجها من منزل معتقها ، وإن كانت غير معتقة فالواجب أن لا تخرج . فإذا كان كذلك وقد وجد السبب الذي استحق إخراجها من منزله ، وهو إقامة البينة ، وجب أن تخرج . وأما [الحيلولة]^(٢) بينها وبين الزوج فواجب ، ويجعل معها امرأة ثقة تمنع الزوج منها كما قلنا في الأمة . وكذلك كل معنى يوجب تحريم الوطء على الزوج أو المولى فهو مثل هذا . ولو لم يُقِم واحدة // [ف ٩٥ أ] منهما البينة على ما ذكرنا من الدعاوى لم يحل للقاضي بين المولى وأمه ولا بين الزوج وامرأته . وكذلك لو كان مكان دهمى ملك الجارية الشراء أو الهبة أو الصدقة أو الوصية أو غير ذلك من وجوه الملك والذي في يديه الجارية ينكر ذلك فأقام المدعى لذلك بيته ، فالحكم في ذلك من الحيلولة بينها وبين الأمة كالحكم في دهمى الملك المطلق . والعلة في هذا ما ذكرنا هناك .

(هـ) ف : ولا يؤمن أن يطأها المدعى عليه وإن كان عدلا لأنه معتقد أنها له ، وتزكى البينة ويحكم بالجارية للدمى بذلك السماع المقدم للوطء فيحصل الوطء من ملك المدعى .
430 (١) ساقط من ف . والاعتقاد هنا على ل ، وعلى ف نفس المعنى مع اختلاف في الكلمات .

(٢) ل : الحيل .

قال : { ولو أن رجلا ادعى على امرأة أنها امرأته وهي مع رجل تدعى أنه تزوجها ، والرجل يصدقها^(١) ، بذلك ، فأقام المدعى عليها بينة أنها امرأته ، والقاضى لا يعرف الشهود ، فإن القاضى يمزول هذه المرأة إذا سأل ذلك الرجل الذى أقام البينة } . وفرق بين هذه المسئلة والى قبلها ففرط ها هنا سؤال المدعى فى تعديلها^(٢) . ولم يشرط فى دعوها الطلاق إذا أقامت البينة على طلاقها من قبل أنها إذا ادعت الطلاق الثلاث وأقامت على ذلك بينة فإنه يجعل معها امرأة ثقة ، وفى الآمة يدهم على يدى عدل حتى ينظر القاضى فى البينة ، لأن العتق والطلاق [يوجبان]^(٣) فسخ الملك الوطء فإذا أقيمت البينة على المعنى الموجب لفسخ الملك [لم يجر الوطء إذ قد وجد]^(٤) السبب لارتفاع الإباحة . وأما فى مسئلتنا فإن القاضى لا يحكم بطلاق نكاح // [ل ١١٢ ب] الذى هو فى يديه وإنما يرد أمره على ما كان عليه ويحكم بالنكاح للخارج إذ قد أقام البينة ، ولم يوجب ذلك فسخ شىء . إن الذى هو فى يديه لو أقام البينة مع بينة الخارج كان أولى . وكذلك لو أقام البينة أنه كان قد تزوجها قبل الخارج فإن القاضى يبطل بينة الخارج ويبطل نكاحه ويرد المرأة إلى الذى كانت فى يديه . فلو كان قضاء القاضى للخارج بالنكاح يوجب فسخ النكاح بينها وبين الذى هو فى يديه لم يلتفت إلى بينة بعد ذلك . فقد بان لك أن القاضى لا يحكم عليه بالفسخ .^(٥) وما يدل على الفصل بينهما أن المدعى ها هنا لو صدق المدعى عليه

482 (١) ساقط من ل . الاعتماد هنا على ل ، ما عدا الجملة الأخيرة من الفقرة فهى من ف .

(٢) أى يؤكد صدق ما تقول .

(٣) كذا فى ل ، والمعنى المراد : وضما على يدى عدل .

(٤) ل : يوجب .

(٥) هذه الكلمات غير واضحة فى ل ولعل المثبت هو الصواب .

في كونها امرأته وترك دهباً بعد إقامة البينة كانت المرأة المدعى عليه على حالها، وفي مسألة العتق والعطلاق لو تصادقوا جميعاً على أنه لم يكن هناك عتق ولا طلاق بعد إقامة البينة لم يلتفت إلى قولهم ويُحكم بالعتق والعطلاق إذا «كيت البينة»^(١).

مسئلة^(١)

432

{ وكذلك امرأة الغائب إذا تزوجت على أن الغائب قد مات ثم قدم الغائب فتنازع الزوجان فيها وأقام الغائب البينة كان الكلام فيها كالسكلام في هذه التي تقدمت . وكذلك الزوجان إذا تنازعا فادّعت المرأة فسخ النكاح وأقامت البينة ، وادّعى الزوج صحته كان مثل هذا ، ولا يُحَال بينهما إلا بسؤال المرأة المدعية للفساد . وكذلك اختلاف المتبايعين في بيع الجارية ، فادّعى البائع فساد البيع وأقام البينة ، وادّعى المشتري // [ل ١١٣ أ] صحته فهو مثل هذا } .

فصل^(١)

433

{ ولو كان المدعى^(٢) غلاماً أو ثوباً أو عقاراً أو غير ذلك^(٣) مما يُنقل أو يُحصّل أو غيره ، وأقام المدعى البينة على دهباً ، وسأله أن يضعه على يدي عدل فإن القاضى لا يفعل ذلك — إلا أن يكون الذى هو فى يديه فاسقاً عفوفاً على إتلاف مافى يديه فإن القاضى يضعه على يدي عدل — ويتركه فى يديه } . وإنما كان كذلك لأنه ليس هناك معنى يتعلق به حق الله تعالى .

(٦) هذه الجملة من ف .

432 (١) ل : مسئلة . الاتهاد هنا على ل لأن ل فيها تطويل وغموض .

433 (١) ساقط من ل . والاتهاد على ل ولأن كانت ف بنفس المعنى مع اختلاف فى الكلام .

(٢) ف : ف هذا كله من البيع والمهبة والهبذة وعتق النبد أو العقار أو الثوبين .

وإنما هو حق بنى آدم . فالمدعى يستحق لإخراجها لم يخرجها من يده // [ف ٩٥٠ ب]
ولكن يؤخذ منه كقيل بنفس المدعى عليه وبالثى ووكيل على خصومته على
ما بيننا فيما تقدم . وأما إذا كان مخوفاً عليه فإن له أن يحتاط فيه ويضعه على
يدى عدل كي لا تستهلك العين فتصير القيمة ديناً فى ذمته ، فلا يقدر المدعى
على استخراجها فينبو^(٣) حقه بذلك . ^(٤) قال : { فإن كان غير مخوف عليه
فطلب منه القاضى كفيلاً بنفسه وكفيلاً بذلك الشئ . فأبى ذلك المدعى عليه ،
فإن القاضى يأمر المدعى أن يلزمه ويلزم ذلك الشئ ، إلا أن يعطيه كفيلاً } .
وقد بينا ذلك فيما تقدم لأنه قد ثبت له حق الاستحقاق ، والاستحقاق إنما
يقع عند [الزكاة] ^(٥) بالسباع المتقدم .

484 قال : { ولو أن رجلاً فى يده جارية ادعى رجل نصفها فإنه له
أو أنه اشترى ذلك من الذى هو فى يديه ، وأقام على ذلك بينة وسأل القاضى
أن يضعها على يدى عدل إلى أن تزكى بينة ، فإن القاضى لا يخرجها من يدى
الذى هو فى يديه { لأن المعنى الموجب لإخراج الجارية من يديه ليس هو
تحرير الوطء بحسب . ألا ترى أن الرجل لو كان عنده أخته من الرضاع لم
تُخرج من يده لكونها محرمة الوطء ؟ فقد طلت أن المعنى الموجب لإخراجها
من يده إنما هو تحرير الوطء واستحقاق الرقة ، والمدعى لا يستحق هاهنا
ببينة جميع الرقة فلا يستحق إخراجها من يده . وإن خاف المدعى أن
يستهلكها // [ل ١١٣ ب] أخذ منه كفيلاً بنفسه وبالجارية كما قلنا فى سائر
العروض ^(٦) .

(٤) ل : الزكاة .

(٣) أى يضيح .

(٥) ساقط من ف ، ج .

484 (١) هذه الفقرة موجودة فى ل و ج ، وساقطة من ف .

436 قال : { ولو أن رجلين في يديهما جارية فتازعا فيها فادّعاها كل واحد منهما فإن القاضى يدعها في أيديهما ولا يخرجها من أيديهما ما لم يُقيم أحدهما البيّنة على دعواه { لأن الظاهر أنها ملك لها فلا يكون أحدهما أولى من الآخر . { فإن تنازعا في ذلك أمرهما القاضى أن يجمعهما على رجل يضعهما على يديه إلى أن تقوم لهما بيّنة { "لأنه حق لكل واحد منهما" فإذا أقام أحدهما البيّنة على دعواه أخرجت من أيديهما وتوضع على يدي عدل "من قبل أن الثير لم يُقيم البيّنة كما لو كانت الجارية كلها في يده [فإن] أقام المدعى البيّنة أنها له وسأل القاضى الحيلولة بينه وبين الجارية فعل ذلك لما بينا ، كذلك ما هنا . وأما صاحب البيّنة فلا يستحق إمساكها قبل تزكية البيّنة كما قلنا في المسائل المتقدمة فلذلك يخرجها من أيديهما ويضعها على يدي عدل " .

438 قال : { وإذا ادعى رجل على امرأة كبيرة أو صغيرة أنه تزوجها وأقام على ذلك البيّنة^(١) فإنه لا يستحق وضعها على يدي عدل إلى أن تزكى البيّنة ،^(٢) لأن المرأة في يد نفسها ولا يخاف تضییع حق الله تعالى في الوطاء المحظور على ما قدمنا ، إذ ليست هي في يدي من يخاف [عليه] وطؤها ، إلا أنه يؤخذ منها كفعل بنفسها كما قلنا في سائر الحقوق إذا خاف [تلافيها]^(٣) .

[ف ٩٦ أ] .

435 (١) ل : لأنه يكون احوط الكلام أحدهما [٩] .

(٢) الاتفاق هنا على ف إذ أن ل مضطربة جداً في معناها .

436 (١) ساقط من ل .

(٢) الاتفاق هنا على : لأن المضي في ل مضطرب .

437 باب الرجل يدعى الشيء في يدي غيره

من العقار والعروض

الأصل في هذا الباب أن القضاء بالمجهول لا يصح ولا الشهادة عليها ، وهذا ما نعلم فيه خلافا بين "أهل العلم" . فإذا كان كذلك قلنا إن الشيء المدعى إذا كان مما يُنقل ويُحوّل فيجب أن يكون حاضراً عند القاضي حتى يقع على عينه الشهادة والقضاء ويجلف المدعى عليه إن لم يكن للمدعى بيّنة ، لما قلنا إن القضاء على مجهول لا يجوز . وإن كان بما لا [ل ١١٤] يُنقل (١) كالعقار فيجب أن تنفي الجحالة بالتحديد حتى لا يقع القضاء والشهادة على مجهول . فإذا كان هذا على ما وصفنا جئنا إلى مسائل الباب :

438 (٢) فقال : { إن الرجل إذا ادعى جارية أو غلاماً أو دابة أو ثوباً أو عرضاً في يدي رجل فأراد استخلافه على ذلك ، وذلك في يدي المدعى عليه ، فإن القاضي لا يخلصه حتى يحضر الشيء المدعى عليه } لما قلنا إن القضاء لا يصح على مجهول ، والقاضي قد جهل عين ما غاب عنه . فإن قيل : فاليمين لا يقضى بها شيء وإنما تسقط بها الخصومة في الحال ، [فها يجوزتم] (١) الحلف من غير إحضار الشيء المدعى ، قيل له : هذا غلط لأن القاضي لا يسمع دعواها (٢) في الشيء حتى يحضر فتقع الدعوى على عين الشيء ، فإذا كان كذلك فإحضار الشيء واجب حلف المدعى عليه أو لم يحلف وكذلك لو أقام المدعى البيّنة على إدعواه ووقت البيّنة وقتاً أو لم يوقت فهو سواء ولا يُسمع من

437 (١) ف : الناس .

(٢) ل : يجوز .

438 (١) ل : فهو لا يجوز تم .

(٢) أي دعوى اليمين .

البيئة إلا بعد إحصار الشيء للدهى^(٣).

فصل^(١)

439

{ فإن قال الصبوح : نشهد أنه له وأنه يملكه منذ عشر سنين ، لم يحتاجوا إلى أن يقولوا : لا نعلمه باع ذلك ولا وهبه { ، لأن الشهادة لا تقع على الشيء^(٢) ، وإنما هي على الإثبات . فإذا شهدوا له بالملك منذ عشر سنين فهو ملك له ما لم يظهر لنا زواله عن ملكه . وما قالوا بإثبات^(٣) الشهود بإثبات الوارث : نشهد أنه وارثه لا وارث له غيره ، على وجه الشهادة إنما يسقط عن القاضي التلوم^(٤) فيه . ألا ترى أنهم لو لم يقولوا هذا كان القاضي يتلوم فيه ثم يعطى الوارث الشيء إذا لم يظهر له وارث غيره ؟ فإذا كان كذلك ثبت أن ذلك أيضاً ليس على وجه الشهادة عندهم^(٥) .

440 قال : { وإذا ادعى عقاراً في يدى رجل أنه له وأقام على ذلك بيئة وحده وذكر أربعة حدود قبّلت البيئة وقضى له به { لأن المقار قد صار معلوماً عند القاضي بالتحديد ،^(٦) إذ لا يمكن نفي الجاهالة عن المقار إلا بالتحديد ، وقد حددوه ووصفوه [فتُسْفِت]^(٧) عنه // [ل ١١٤ ب] الجاهالة بحسب الإمكان فوجب أن يُقضى للدهى به^(٨) .

(٣) ف : فإن قيل لأن البيئة لا يقع بها قضاء وإنما هي لاسقاط المحصورة قبل له لأن الدعوى لا بد من أن تكون معلومة مرفوعة . وقد بينا أن معرفة ما يمكن إثباته بالتعيين أبلغ ، وما لا يمكن تثبته بالوصف والتعديد . فلا فرق بين أن تكون البيئة لقضاء أو لاسقاط المحصورة .

439 (١) ساقط من ل . (٢) هذه الكلمة غير واضحة في ل .

(٣) أى الايطاء .

(٤) الاعتماد على ل . هـ ، انتهى في ف مع تقديم وتأخير .

440 (١) ل : فنقول .

(٢) ف : فوجب أن يجوز القضاء به كما يجوز شراؤه وإن كان في الجاهالة عنه مأخوذاً علينا كما أخذ فيها من القضاء .

441 قال : { ولو لم يشهد الشهود أن العقار في يدي المدعى عليه يومئذ^(١) لم تقبل شهادتهما وإن اتفق المدعى والمدعى عليه أنه في يدي المدعى عليه { من قبل أنه جائز أن يكون الشيء في يدي غيره فيكون قد قضى عليه وهو غائب فلا يجوز^(٢) ، لأن هذا يجوز أن يكون حيلة منهما على مالك العقار^(٣) في استحقاق الدار عليه بقول المدعى عليه إن الشيء في يده حتى يقضى القاضى عليه به للمدعى ويكون الاستحقاق عليه استحقاقا على غيره . فإذا كان كذلك لم يقبل منه البينة حتى يثبت كون العقار في يدي المدعى عليه حتى يقع الاستحقاق عليه . وليس هذا كالمروض لأن القاضى لا يقضى بالمروض على المدعى عليه إلا بعد إحضارها إحداه ، فيقع الاستحقاق على عين المرض من يدي المدعى عليه^(٤) .

442 قال : { وإن لم يشهد الشهود على حدود أربعة وشهدوا على ثلاثة ولم يعرفوا الرابع جازت^(١) شهادتهم { لأنه } [ف ٩٦ ب]^(٢) قلنا يتفق داران في سكة واحدة في حدود ثلاثة ، كما يقبل اتفاقهم في حدود أربعة . وهذا كما قالوا في النسبة للبائع والمشتري أنه يلغى أن يلسب إلى أبيه وجده ، فيصرف باسمه واسم جدّه وقبيلته أو حرفته التي يعرف بها ، لأنه قلنا يتفق رجلا من قبيلة واحدة أو محلة واحدة في الاسم واللسب إلى الأب والجد^(٣) . قال^(٤) : { ولو حدوده مجدين لم يقبل شهادتهما }^(٥) لأن مثل هذا يتفق كثيرا فلا يتميز به هذا العقار من غيره . ومثل ما قالوا في تعريف الرجل أنه

441 (١) ساقط من ل .

(٢) الاعتماد على ل . وفي نفس المتن مع اختلاف في الكلمات .

442 (١) ل : قبلت .

(٢) ف : يعرف بثلاثة ويصير من غيره في الغائب . وهذا كما قالوا في تعريف الغائب بالاسم والنسب إلى أبيه وجده ولا يحتاج إلى رابع في تعريفه ما لم يقبله غيره . كذلك هذا .

(٣) ساقط من ل .

لا يُعرف باسمه واسم أبيه ما لم يُنسب إلى جده أو إلى شيء يُعرف به ويتميز من غيره^(٤).

443 قال : { ولو قالوا للقاضي : نشهد أن الدار في موضع كذا ونحن نقف على حدودها^(١) ونسعى محلها^(٢) ونعرفها لهذا الرجل وفي ملكه ولكننا لا نعرف أسماء حدودها قَبِيلَ ذلك . فإذا أراد أن يحكم بذلك المدعى بمشاهدة ليروا^(٣) على الحدود ويقفوا عليها ، وينهب المدعى بمجاعة // [ل ١١٥ أ] معهما من الشهود حتى يقفوا على الحدود بحضورهم ويقولوا : هذه حدود الدار التي شهدنا بها لهذا المدعى ، أو : هي هذه الدار وهذه حدودها ثم يأتون القاضي فيشهد أولئك الذين حضروا مع الشاهدين أنه قد حكم على هذا الرجل المدعى عليه بهذه الدار التي شهد بها هذان الشاهدان ووقفوا على حدودها . { وذلك لما بينا أن القضاء والشهادة لا يصحان إلا على معلوم^(٤) . فإذا كان معلوما عند الشهود فالشهادة واقعة على معلوم ، فيبني أن يجوز . وفي مسئلتنا الدار معلومة بحدودها عند الشهود وإنما جهلوا أسماء الحدود والجهالة باسم المشهود به لا تمنع صحة الشهادة^(٥) ألا ترى أنهم لو شهدوا^(٦) فقالوا : نشهد أن هذا العبد لهذا الرجل وهو قائم بعينه [بين^(٧)]^(٨) يدى القاضي ، جازت الشهادة وإن جهلوا اسم العبد المشهود به ؟ كذلك الشهادة على الدار إذا كانت معلومة عندهم جازت الشهادة وإن جهلوا اسم الحدود . فإذا قُبِلَت الشهادة لم يجر للقاضي أن يقضى حتى يصير الدار معلومة

(٤) الاحتياط على ف ، لذلك ل فيما بعض اضطراب .

443 (١) ل : ونعى عليها . (٢) ف : ليسوا .

(٣) ف : متى حصل معلوماً عند الشهود وجب أن يصح . وأما جهالة اسم الشهود به أو اسم حدوده فإن لا يخل من هذا .

(٤) ل : في .

لئلا يقع القضاء بجهول^(٥)، فيُنْفَذُ شهوداً إلى الدار مع الشهود الذين شهدوا بالدار حتى يُشِيرُوا لهم إلى حدود الدار ويأخذوا أسماءهم فيجئون إلى القاضي فيقرِّونه^(٦) فإذا عرفها القاضي بتحديد هؤلاء الشهود قضى بها للدهى حيثن^(٧).

444 قال: {ولو لم يعرف الشهود الحدود ولا سمَّوها وكانت داراً مشهورة باسم رجل مثل دار عمرو بن حُرَيْث^(١) بالكوفة ومثل دار الزبير^(٢) بالبصرة فهذه مستغنية عن الحدود فيقبل الحاكم ذلك ويحكم بها . وكذلك الضيعة أو القرية إذا كانت^(٣) شهرتها شهرة قد بانت وظهرت عند الناس قبل التقاضي ذلك^(٤). } وهذا قول أبي يوسف ومحمد . قال الشيخ : وفي قول أبي حنيفة لا يقبل ذلك حتى يحددها بمحدود أربعة أو ثلاثة على ما ينأ فيها تقدم // [ل ١١٥ ب] ^(٥)لأنه قد يجوز أن يراد فيها وتكون الزيادة أيضاً منسوبة إلى الدار، وكذلك يجوز التفتان منها ولا يخل باسم الدار فيحصل الباقي منها // [ف ٩٧ أ] جهولاً^(٦).

فصل^(١)

446

قال: {ولو قالوا نشهد أن الدار التي بالكوفة في محلة بني فلان التي تلامق

(٥) الاعتماد على ل، أما ف فهي بطلن المتن .

(٦) الاعتماد على ف لأن ل فيها اضطراب .

444 (١) هو عمرو بن حريث بن عمرو بن مثنان الخزومي . ولي إمرة الكوفة لزيد ولائته . فوق ٨٥ هـ .

(٢) ج : الزبير بن العوام . صحابن قتل يوم الجمل سنة ٣٦ هـ .

(٣) ف : تصرف بهيبتها جازت العبادة والقضاء بها .

(٤) الاعتماد على ف إذ أن ل فيها إعادة .

446 (١) ساقط من ل .

دار فلان بن فلان الفلاني عما يلي كذا وكذا ، أو قالوا : هي بين دار فلان بن فلان الفلاني وبين دار فلان بن فلان "الفلاني هذا هي لفلان بن فلان" هذا المدعى وفي ملكه ، وقالوا : لا نعرف حدودها ولا نقف عليها . فقال المدعى : أنا آتيك بشهود آخرين يعرفون حدود هذه الدار ويشهدون أن حدها كذا ، وأتى بشاهدين فشهدا أن حدود هذه الدار تلتقي إلى كذا والثاني إلى كذا والثالث إلى كذا والرابع إلى كذا لم يقبل القاضى ذلك منهما ولم يحكم بالدار للمدعى . وكذلك الصيغة والمقار مثل هذا { لأن الحكم إنما يقع بشهادة الأولين ^(١) اللذين شهدا بالدار للمدعى ، والآخرا لم يشهدا بملك الدار وإنما شهدا بحدود الدار . والاعتداد في إقضاء الحكم على شهادة الأولين ، وشهادة الأولين واقعة على مجهول ^(٢) لأن كون الدار بين دار فلان وبين دار فلان لا ^(٣) تنفي الجملالة عنها ^(٤) إذ قد يجوز أن تكون بين ^(٥) هاتين الدارين ، ومع ذلك بينهما دار أخرى مع هذه الدار ، فصارت الشهادة واقعة على بعض ما بين الدارين فلا يجوز ^(٦) . وأيضاً فإن هذه شهادة على حدّين للدار وقد يتنا أن التحديد بحدّين لا يقع به التعرف ، فلا يجوز الشهادة .

فصل ^(١)

448

قال : { ولو أن المدعى ادعى المبد أو الدار // [ل ١١٦ أ] في يدي المدعى عليه فشهد له شاهدان أنه كان في يديه أمس أو منذ شهر ولم يشهدوا له بالملك ^(١) فإن القاضى لا يقضى له بشئ من وجبهين ، أحدهما أن يد المدعى

445 (١) ساقط من ل .

(٢) ف : يجب أن يكون المشهود به مرفوعاً عندهم .

(٣) ف : بموجب المعرفة بها .

(٤) الاعتداد على ف ، لأن ل فيها اضطراب .

446 (١) ساقط من ل .

عليه شهادة متينة فلا يجوز إزالتها يد^٢ غير متينة^٣. والثاني أن الشهادة باليد شهادة على مجهول { لأن الذي يختلف منها : يد أمانة ، ومنها يد ضمان ومنها يد ليست بأمانة ولا ضمان مثل يد السارق ومثل يد الغاصب ، ومثل الثوب الذي تلقيه الريح في دار إنسان في يد صاحب الدار، فإذا كانت الأيدي مختلفة لم تقبل شهادتهم على إثبات اليد . والعلة الأولى أصح لأن الشهادة على اليد مقبولة عندهم^٤ .

فصل^(١)

447

قال : { وإن أقر^١ الذي الشيء في يده عند القاضي أنه كان في يدي هذا المدعى فإن القاضي يأمره بدفعه إليه^٢ } لأن إقراره مقبول على نفسه فيلزمه حكمه^٣ .

فصل^(١)

448

قال : { ولو شهدوا أن الشيء كان في يدي المدعى وأن المدعى عليه أخذه منه أو غصبه إياه ، فقبل ذلك { ، لأننا لاثبت اليد بالبينه وإنما^٢ تثبت الأخذ والنصب إذ الشهادة على النصب لا تكون إلا على هذا الوجه^٣ . وكذلك لو شهدوا^٤ أنه أبق^٥ فأخذه المدعى عليه ، أو أنه أعاده أو أودعه عنده //

(٢) كذا في ف . و ل : يثبتها من جهة الحاكم .

(٣) ف : لم يهيل هذه الشهادة لأن اليد المشاهدة متينة واليد التي تريد إثباتها غير متينة ، إذ كونها في يده أمس أو منذ شهر لا يمنع ثبوت يد هذا عليها بحق ، فلا يجوز إبطال اليد المتينة الحاصلة بما لا يقين بثبوتها .

447 (١) ساقط من ل .

(٢) كذا في ف ، أما ل ففيها تطويل وكثير من الفوض .

(٣) ساقط من ل .

448 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : لا بالإتلاف .

[ف٩٧ ب] ^{١١} "فإن القاضى يحكم للمدعى بذلك على المدعى عليه لأنهم قد بينوا أن يد المدعى عليه تثبت من جهة المدعى بأخذ // [ل ١١٦ ب] [الشيء منه . وفى الباب الأول لم يشهدوا للمدعى بأن يد المدعى عليه تثبت من جهته فلذلك افتقرا . وكذلك لو شهدوا أن الشيء له وأنه أخذه من المدعى أو رهنه منه فإن القاضى يقبل ذلك ويحكم به للمدعى" .

449 قال : { ولو ادعى أنه اشترى دارا من هذا الرجل أو قرية أو ضيعة ولم يحدد ذلك ، فأقر المدعى عليه بذلك واتفقا على حدود ذلك فإن القاضى يحكم بذلك على المدعى عليه } . " ولا يشبه هذا إقامة البينة على مثل هذا لأن الإقرار بثبت حكمه بنفسه ويصح بالمجاهيل فيلزم للمقر حكمه" .

فصل (١)

450

{ ^{١٢} "فإن أقر بالشراء واختلفا في الحدود" وليس المشتري مشاهدا يعرف حدوده فإنهما يتحالفان على ذلك ويتراذآن البيع { لأن "المشتري مجهول ولا يتحصل معلوما مع اختلافهم في الإقرار" .

451 ^{١٣} قال : { ولا [يُعطَل] ^{١٤} "القاضى البيع بينهما حتى يسأل المشتري لأن هذا خلافه" ، لجأز أن يرجع إلى ما قال البائع ويأخذه على ما قاله . فإن لم يرجع إلى تصديق البائع نظر القاضى في ذلك وتأنى . فإن أتى المشتري بحجة

(١) ف : فهو مثل هذا لأنهم قد أثبتوا اليد من جهة المدعى .

449 (١) ف : من قبل أن الإقرار يصح في مجهول وإن لم تصح الشهادة على مجهول .

450 (١) "ساقط من ل .

(٢) لا يعتمد على ف إذن له مضطربة هنا .

451 (١) ف : وج : يفسى . ولكن المعنى يتطلب ما أمثله .

(٢) كذا في ف ، ج .

والأيقف البيع بينهما لأن فيه إبطال حق البائع . فإن جاء المغترى بكتاب الشراء ، كتبه على البائع ، فشهد الشهود على إقرارهما جميعاً بذلك الشراء وفيه تسمية الحدود ، فإن القاضي يلزم البائع ذلك { لأن الشراء قد حصل معلوما بإقرارهما ^{٢١} } .

452 باب الرجلين يدعيان الشيء: كل واحد منهما يدعيه كله ويقيم البيئته أنه له ، وليس هو في يد واحد منهما ، وما جاء من الأحاديث في القرعة أو بمن قرع ومن لم يقرع

ذكر { حديث تميم بن طرفة ^(١) أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة ليست // [ل ١١٧ أ] في يد واحد منهما وأقام كل واحد منهما البيئته أنها ناقته ، فجعلها النبي صلى الله عليه وسلم نصفين { . قال الشيخ : هذا الحديث رواه مرسلان عن تميم بن طرفة وقد أسنده جابر بن سمرة وذكر في بعض الروايات ناقة وفي بعضها دابة ^(٢) . وهو مقبول لا يدفعه أحد ، ولو لم يثبت سند لم يجوز إرساله على أصلنا . ولأن كل واحد منهما مدَّعٍ وقد أقام الحجة التي يستحق بها الشيء فيلساويان في الاستحقاق فوجب أن يكون بينهما ^(٣) كالابنين إذا مات أبوهما ولم يكن له وارث غيرهما ، إن الميراث بينهما نصفين عند المزاومة لتساويهما في السبب الموجب للاستحقاق

(١) . الاعتماد على ف لأن ل مضطربة جداً .

452 (١) تميم بن طرفة الطائي المعروف سنة ٩٤ هـ . كان ثقة لليل الحديث . أنظر ابن سعد طبقات ، ج ٦ ، ص ٢٠٧

(٢) جابر بن سمرة بن جندة السوائي ، صحابي حليف بني زهرة . توفي ٧٤ هـ . أنظر زوكلي ، ج ٧ ، ص ٩٧ . وفي الناس ، قضاء ، ٤٧ : دابة .

وهو النسب ، ولم يقرع بينهما^(١) . وذكر حديث أبي الدرداء^(٢) أن رجلين اخصما إليه في فرس فأقام كل واحد منهما البيعة أنها تنجت عنده ، لانهما باعها ولا وهبا فقضى به أبو الدرداء بينهما وقال : // [ف ٨٨ أ] ما أخرج هؤلاء إلى سلسلة بنى إسرائيل ؛ كان داود عليه السلام إذا جلس للقضاء نزلت السلسلة فأخذت بمنق الظالم . فدل أن القرعة لو كانت مشهورة لم تخف على أبي الدرداء . وما يروى عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اخصم إليه قوم في أمر واستوت بيناتهم في العدد والعدالة فأسم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم وقال : اللهم أنت تقضى^(٣) ، ثم قضى لمن خرج سهمه . وهذا عندنا منسوخ بقوله عليه السلام : « البيعة على المدعى واليمين على من أنكر »^(٤) ، وتحريم الأضرار واللبس والمخاطرة ، ولأنه مرسل لا يصح تعلقه به على أصولهم . ولا يُعتبر في هذا عدد الشهود لأن الشاهدين وأكثر منهما قد صاروا في الاستحقاق سواء ، إذ النبي صلى الله عليه وسلم لم يفرق في الخبر المتفق على استعماله بين كثرة وقلة بل قال : « البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه » .

453 " قال : { ولو أقام أحدهما البيعة على الملك المطلق والآخر على التاج كان صاحب التاج أولى } لأنه أول مالك^(١) .

454 " قال : { ولو أقام أحدهما البيعة على أنه له منذ سنة ، والآخر أقام البيعة على أنه له منذ سنتين كان صاحب السنتين أولى } لأن صاحب السنتين

(٣) ساقط من ف .

(٤) هو عمر بن مالك بن قيس بن أمية الخزرجي ، ساجي ولاء معاوية ففاء العام .

(٥) لم يرد في وفتك .

(٦) ف : المدعى عليه . أنظر ابن حنبل ، ج ١ ، ص ٣٤٣

في معنى التنازع إذ هو أول مالك منذ سنين ، فصاحبه لا يملكه إلا من جهته فلا 'تقبل بيته حتى يبين أنه ملكه // [ل ١١٧ ب] من جهته أو ما يقوم مقامه^(١) .

455 [قال] : { ولو أقام أحدهما البيعة أنه له كله ، والآخر أقام البيعة أن نصفه له ، والعبد في أيديهما ، كان صاحب الكل أولى من الآخر } لأن صاحب النصف إنما أقام البيعة على استحقاق نصف العبد الذي كان في يده ، فصارت البيعة إنما شهدت بما كان في الظاهر فلا يلتفت إليها . وأما الآخر فإنه قد ادعى جميع العبد وأقام البيعة على ذلك [فيستحق^(٢)]^(١) بيعة النصف الذي في يدي صاحبه والنصف الآخر يبقى له أيضاً بنزير استحقاق إذا لم يكن لصاحبه بيعة يستحقه [بها] . وأيضاً فإن صاحب النصف لمّا لم تشهد بيته بأكثر من النصف ، والنصف في يده ، فصارت الشهادة واقعة على استحقاق ذلك النصف . ومن أصلهم أن الذي في يديه الشيء والخارج إذا تنازعا وأقام كل واحد منهما البيعة على أن الشيء له كان الخارج أولى بالاستحقاق . وكذلك في مسئلتنا : صاحب الكل أولى باستحقاق النصف الذي في يدي صاحب النصف إذا كانت بيته غير مقبولة على ما في يده ، وبيعة الخارج مقبولة عليه ، فلذلك استحق النصف الذي في يدي صاحب النصف إلى ما في يده^(٢) .

فصل^(١)

456

قال : { وإذا ادعى أحدهما خمسة أمداس الدار أو العبد وادعى الآخر ثلثيه ، وأقام كل واحد البيعة على دعواه قضى لصاحب^(٢) الخمسة أمداس^(١) }

454 (١) ساقط من ف ، ج .

455 (١) في الأصل أي ل : يصح . (٢) ساقط من ف ، ج .

456 (١) ساقط من ل .

(٢) مزاودة في مامش ف ومثقة في متن ل .

بالتلثين والآخر بالتك { ، لأن صاحب الخمسة الأسداس فى يده نصف الدار^(٣) ويدعى زيادة عليه ثلثاً فى الدار فيحكم له بالتك عما فى يدي صاحبه ويبقى فى يدي صاحبه من ذلك النصف سدس الدار وكان يدعى زيادة على ما فى يده ، وهو النصف ، سدس الدار فيحكم له بسدس الدار ، بما فى يدي صاحب الخمسة الأسداس ، وفى يده سدس الدار مما كان فى يده ، فذلك ثلث الدار . وصاحب الخمسة الأسداس قد حكم له بثلث الدار بما فى يدي صاحبه وبقي فى يده ثلث الدار ، فذلك ثلثا الدار .^(٤) وعلى هذا القياس لو ادعى أحدهما خمسة الأسداس والآخر الجميع كان العبد بينهما على الثلث والتلثين لأن صاحب الجميع ادعى جميع النصف الذى فى يدي صاحبه // [ل ١٨ أ] فيحكم له بذلك . وصاحبه يدعى زيادة على ما فى يده ثلث العبد فيحكم له بذلك القدر من يدي صاحبه فيحصل له الثلث ولصاحب الجميع التلثين : نصف مما كان فى يدي صاحب الخمسة الأسداس وسدسه مما بقي فى يده^(٥) .

457 باب الرجل يكون فى يده العبد أو الفرس فيدعى رجل ذلك ويقيم بينة أنه له ويقيم الذى فى يده ذلك بينة أنه له // [ف ٩٨ ب]

الأصل فى هذا الباب أن المدعى المراد بالخبر هو الخارج حينئذ والمدعى عليه الذى فى يديه الشيء " وقد بينا هذا فى تعليق الدعوى^(١) . فإذا كان كذلك وجب أن يكون الخارج أولى باستحقاق الشيء بينته من الذى هو فى يديه لقوله صلى الله عليه وسلم " البينة على المدعى " . وأصل آخر وهو

(٣) ل : العبد .

(٤) الاعتماد هنا على ب لأن ل فيها تطويل بدون طائل . . .

أن الخارج والذي في يديه الشيء إذا أقام كل واحد منهما البيئة على ^(٢) الملك والنتاج ^(٣) كانت بيئة الذي في يديه الشيء أولى من بيئة الخارج بدلالة الخبر المروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلين اختصما إلى النبي عليه السلام في ناقة فأقام كل واحد منهما بيئة أنها له نتجت في // [ل ١١٨ ب] ملكه لحكم بالناقة لصاحب اليد ^(٤) فهذا أصل في النتاج وما في معناه أن بيئة صاحب اليد أولى . ومسائل الباب قد ذكرناها مستقصاة في تعليق الدعوى ، فلا طائل في إعادتها ^(٥) .

458 باب الرجل يدعى الشيء وأن أباه مات وتركه ميراثا

الأصل في هذا الباب أن المدعى متى أثبت يد الأب على الشيء المدعى وأثبت موته بيئته وأنه وارثه استحق الشيء المدعى ، وإذا لم يثبت يد الأب على المدعى لم يستحق شيئاً ^(١) لأن الموت جهة لانتقال الملك كالشراء ، فإذا انضم إليه بيئة اليد قبلت بيئته بالملك إذا كان هو الوارث كما تُقبل بيئة المشتري على أنه اشتراه من فلان وهو في يده ^(٢) . فإذا كان كذلك ^(٣) جئنا إلى مسائل الباب ^(٤) فقلنا :

459 { ^(١) إن الرجل إذا أقام البيئة على دار في يدي رجل أنها كانت لآبيه مات وتركها ميراثاً ، لا يملكون له وارثاً غيره ، حكم له بها } لأن الملك في هذا أكد من إثبات // [ل ١١٩ أ] اليد فصار كالشترى إذا أقام البيئة على

(٢) ل : النتاج أو ما يقوم مقام النتاج .

(٣) الامتداد على ف هنا . وفي ل إعادة للسئلة فيقرة 454 .

(٤) ساقط من ف .

458 (١) ساقط من ل .

أنها كانت لفلان بأهبا منه قُبلت يئته ، كذلك هذا . وكذلك لو أقام البيئة على شرائها من البائع وكانت فى يده يومئذ أو كان ساكنها^(١) . وكذلك لو شهدوا بالثوب أن أباه مات وهو لابسه ،^(٢) أو شهدوا بالخاتم أنه مات وهو لابسه^(٣) ، أو بالدابة أن أباه مات وهو راكبها ، أو بالمتاع أن أباه مات وهو حامل له^(٤) لأن هذه الوجوه كلها توجب إثبات المضاف إليه فلا فرق بينه وبين قوله : مات وهو فى يده^(٥) .

480 قال : { ولو شهدوا^(١) أن أباه مات فى هذه الدار أو مات وكان نائماً على هذا الفراش لم يستحق بهذا شيئاً } لأن الكون فى الدار لا يثبت^(٢) اليد ، وكذلك النوم على الفراش . // [ل ١١٩ ب] [ف ٩٩ أ] ^(٣) ألا ترى أنه لا فرق بين من دخل الدار وبين من خرج منها إذا ادعى الدار ؟ إنها لا تكون فى يد واحد منهما . وكذلك لا فرق بين القائم على الفراش وبين غيره^(٤) . ألا ترى أن رجلاً لو أصاب قوماً وأدخلهم الدار وأقدم على البساط لم تكن الدار والبساط فى أيديهم لكونهم فى الدار وقعودهم على البساط ؟ فكذلك الميت لا تثبت يده على الدار بموته فيها ولا على الفراش بموته عليه^(٥) .

مسئلة^(١)

481

قال : { ولو أن رجلاً مات وله ورثة فحضر واحد منهم فأدعى وفاة أبيه

459 (١) الاعتماد على ف ، إذ أن ل فيها تطويل واضطراب .

(٢) ساقط من ف .

(٣) الاعتماد على ف ، إذ أن ل غير واضحة .

480 (١) ف : ولو قال . (٢) ف : يوجب .

(٣) الاعتماد على ل . وفس المعنى فى ف مع اختلاف كبير فى الكلمات .

461 (١) ساقط من ل .

وادهى داراً فى يدى رجل أنها كانت لآيه مات وتركها ميراثاً له ولسائر ورثة والده وهم فلان وفلان ، والذى فى يديه ذلك يحمده هذا كله ، فأقام الابن البينة على وفاة والده وعلى عدد ورثته وعلى كون الدار ملكاً للأب مات وتركها ميراثاً لهم^(٢) ولم يحضر منهم وارث غيره^(٣) ، فإن القاضى يقبل ذلك ويحكم بالدار لآيه وبدفع إلى هذا الذى أقام البينة حصته منها . فأما حصص الباقين فإن أبا حنيفة قال : اقرئ ذلك فى يدى الذى الدار فى يديه وكلما حضر واحد منهم أخذ حقه ، ولا يكلف أحداً منهم إعادة البينة على أنها كانت لأبيهم . وقال أبو يوسف ومحمد : يدفع إلى المدعى حصته وينزع الباقى من يدى الذى هى فى يديه فيجعلها على يدى عدل حتى يحضر بقية الورثة . أما لإثبات ملك جميع الدار للبيت بدعوى الحاضر دون إثبات نصيبه خاصة فارجح من : أحدهما أن أحد الورثة يكون خصماً عن الميت بدلالة أن الحاضر يكون خصماً عنه فيما يدعى عليه^(٤) من الدين وإن كان سائرهم غائباً وجب أن يكون كذلك خصماً فيما يدعى عليه للبيت . والثانى أن الحاضر أقام البينة على كون جميع الدار للبيت فلا يجوز أن يقضى ببعض الدار دون بعض إذا لا يجوز للقاضى أن يقضى بدون ما شهدت به البينة ولا بزيادة على ما شهدت به ، فلا بد من القضاء بجميع الدار للبيت إذا احتجنا إلى قبول البينة لحق الحاضر^(٥) . وأما حصص الباقين فإنما تُترك فى يدى الذى هى فى يديه فى قول أبى حنيفة رحمه الله لأنه ليس هناك من يستحق أخذها ولا هى شئ مما يمشى عليه التلغ ، فلا معنى لأخذها من يدى الذى هى فى يديه ووضعها فى يدى عدل . وأما وجه قولهما فهو احتياط لأنه إذا كان //

[ل ١٢٠] [ف ٩٩ ب] جاحداً لم يأمن أن يعزل القاضى فيحتاج حينئذ إلى إقامة البينة على أن القاضى قد قضى للبيت بها وإذا كانت فى يدى عدل

(٢) ف : ولم يترك وارثاً غيرهم .

(٣) الإحصاء متاعل ف لأن ل فيه واضحة .

فإنه لا يحتاج إلى هذا فيكون أحوط لمسأل الميت . ولو كانت الدعوى فيما يُنقل ويحول فإنه يؤخذ من يدي الذي هو في يديه ويوضع على يدي عدل في قولهم جميعاً إذا كان الرجل جاحداً أو غير مأمون لأنه يخشى عليه التاف والمغار لا يخشى عليه هذا المعنى لأنه محفوظ بنفسه^(٤) .

مسئلة

462

{ وقال أبو حنيفة : إذا أقام المدعى البيعة على أن هذه الدار كانت لآبيه مات وتركها ميراثاً له ، ولم يشهدوا أنهم لا يعلمون له وارثاً غيره فإن القاضي يتلوم في ذلك ، فإن ثبت أن له وارثاً غيره وإلا دفع الدار إليه ولم يأخذ منه كفيلاً ، وقال أبو يوسف ومحمد : يؤخذ منه كفيل^(١) } .

463 قال الشيخ : وكذا قالوا في الغريم أيضاً ، إنه يدفع إليه الحق المدعى ولا يؤخذ منه كفيل على قول أبي حنيفة ، وعلى قولها يؤخذ منه كفيل ، لأن حنيفة^(٢) أن الكفالة حتى يثبت للمكفول له عنه^(٣) فلا يجوز إلزامها إياه إلا بحضور المكفول له أو من يقوم مقامه ، فوجب أن لا يجوز . ولا يشبه هذا ما قدمنا من المدعى إذا أقام البيعة على الحق فسأل القاضي أن يأخذ من الشهود عليه // [ف ١٠٠ أ] كفيلاً بنفسه وبالشئ المدعى إلى أن تترك البيعة ، إن ذلك جائز واجب من قبل أن ما هنا خصم حاضر يثبت له الكفالة ، وحقه قد تعلق استحقاقه بالبيعة التي أقامها . فإذا وجد السبب الموجب للتسليم فقد صار في حكم الغريم . إن الطالب أن يأخذ منه كفيلاً بنفسه وضامناً بما له حتى

(٤) الاتحاد هنا على ل . أما ف ففيها تطويل لنفس النفاط . أنظر المقدمة لمعرفة سبب الاختلاف بين نس المخطوطين .

462 (١) ف ، ل : كفيلاً .

463 (١) كذا في ف ، ل ، ج - والمعنى : في رأي أبي حنيفة .

يصل إلى حقه . كذلك هذا . وفي مسئلتنا لم يثبت هناك حق لأحد فيما قضى به للقضى له ولا هناك خصم يثبت لنا الكفالة ، فذلك لم يجر إثباتها . وجه قولها أن هذا أحوط إذ لا يؤمن أن يظهر له وارث أو دين عليه فلا يصل إلى حقه . والقياس ما قال أبو حنيفة . ولهذا قال أبو حنيفة : إن هذا شيء احتاطت له القضاة وهو جور^(٢) . ^(٣) قال الشيخ : وهذا يدل على أن من مذهبه القول بأن الحق عند الله تعالى في واحد لأنه لو كان الحق في أكثر من واحد ما جاز له أن يقطع بأن ذلك ظلم . فقيل له // [ل ١٢٠ ب] : هذا يوجب أن لا يكون كل مجتهد مصيب^(٤) ١

مسئلة^(١)

484

{ قال الحسن بن زياد : قال أبو حنيفة : لو أن امرأة أذهت أن زوجها فلان مات وهي وارثته وأقامت على ذلك بيئة ، ولم تقم البيعة على عدد الورثة ولا يعلم الحاكم^(٢) من معها من الورثة فإنه يدفع إليها ربع جميع مارك زوجها : وقال أبو يوسف : أدفع إليها ربع الثمن . وروى عنه أنها تُعطى ربع الميراث . وقال الحسن : أدفع ربع التسع } ، وهي رواية الخشاف .

485 قال الشيخ : تُعطى المرأة ثمن الميراث ، ذكره محمد في كتاب الدعوى ، وذكر قول نفسه أنها تُعطى ربع الميراث . وذكر الطحاوي عن أبي يوسف ربع التسع . فإذا كان كذلك قلنا إن أبا حنيفة قد روى عنه روايتان^(٣) إحداهما أنها تعطى الثمن وهي رواية الأصل المشهورة عنه والآخرى : تُعطى الربع ، وهي رواية الحسن عنه^(٤) . وأما أبو يوسف

(٢) الاستعداد هنا على ف لئلا أن ل فيها اضطراب .

(٣) في ل فقط .

(٤) ساقط من ف .

484 (١) ساقط من ل .

485 (١) ف : إحداهما ربع الميراث والأخرى ثمن الميراث .

فقد روى عنه ثلاث روايات ، إحداها الربع مثل ما قال محمد وإحدى الروايتين من أبي حنيفة ، والثانية رُبع الثمن وهي رواية الخصاص التي رواها الحسن عنه ، وأظنه قد روى ذلك عنه محمد في الأصل ، والثالثة أنها تعطى رُبع التسع وهو قول الحسن . أما رواية الربع " فلأن المرأة في الأحوال كلها قد وُجد لها سبب الاستحقاق " ، " ولا يُعلم هناك من يراحمها في الميراث ولا من يحجبها عن شيء من حظها إلا وقد وجب أن يكون لها أوفى السهام ، وهو ربع الميراث ، كما قالوا جميعها إن الأم تعطى الثلث إذ لم يعلم هناك من يحجبها عن شيء منه بحصول السبب الموجب ، غير أن يعلم حصول من يحجبها عن شيء . وهذه // [ل ٢١ أ] العلة موجودة في مستثنائنا ، وجب أن يكون مثلهما . وجه الرواية الأخرى أنها تُعطى أقل نصيبها من غير مزاحمة امرأة أخرى لها من قبل أن لها حاليْن ، حال تستحق فيها الربع وحال تستحق فيها الثمن : وهي أن يكون للزوج ولد . ولا يجوز لنا أن نثبت عقد نكاح امرأة أخرى وهي تستحق الميراث بسبب منقطع فتعطى ما تيقنا استحقاقه وهو الثمن من غير إثبات امرأة // [ف ١٠٠ ب] وجه الرواية الثانية من أبي يوسف أنها تعطى ربع الثمن لأن عول الفريضة لا يجوز أن إثباته بالشك مع كونه مختلفا في أنه معتبر في الفرائض أم لا . فإذا أسقطنا اعتبار العول وجب أن تعطى ما تيقنا استحقاقه وهو ربع الثمن وما زاد عليه لا يلقن استحقاقه في جميع الأحوال مع العول . وقد تيقنا استحقاق ربع التسع إذ لا يكون لها أقل منه في الميراث وهو أن يكون الزوج قد ترك ابنتين وأبوين وأربع نساء ، فنصيب هذه الأربع التسع ، ولا أعرف من أحد من أصحابنا أنه قال لها التسع ، وهو أيضاً محتمل لأنه لم يثبت من يراحمها في سهم الزوجة لأن فيه إثبات عقد زوجية بالشك ، لأن الزوجية سبب منقطع فلا سبيل إلى إثباته بالشك في

الحال التي ينقطع فيها لو كان ثابتاً ، لأنها حال تنافيه نفي اعتبار حالها هي مع سائر الورقة ، فوجب أن لا تُعطى إلا ما يتقنا استحقاقه . والمتيقن هو التسع لأن لها ثلاثة أحوال في الاستحقاق : حال العول فيُستحق فيها التسع ، وحال عدم العول مع ثبوت الولد فلها فيها الثمن ، وحال عدم العول والولد فلها الربع^(٣) .

فصل^(١)

486

{ وكذلك لو ماتت هي وترك زوجاً^(٢) ولا يعلم لها وارث غيره^(٣) فإن الزوج يعطى ، في قول أبي حنيفة ، النصف على رواية الحسن عنه ، وعلى رواية محمد يعطى الربع أقل نصيبه من غير عول ، وهو قول أبي يوسف على ما روى الخشاف عن الحسن عنه . وعلى الرواية الأخرى الحسن^(٤) وهو قول الحسن بن زياد } . وهذا يتبين [٤] على ما ذكرناه في المرأة // [ل ١٢١ ب] .

مسئلة^(١)

487

ولو أن رجلاً مات وترك امرأة حلي وورثة فأرادوا أخذ حقهم ، فإن أبا يوسف قال : أوقف نصيب ابن واحد^(٢) ، وقال الحسن : نصيب اثنين } . قال الشيخ : وقول أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف ، وقول محمد مثل قول الحسن . لأبي حنيفة وأبي يوسف إن ولادة النساء بائنتين في بطن واحد

(٣) الاعتماد هنا على ف إذ أن اللسعة الفوتوغرافية من مخلوقة ل غير واضحة لهذه الفترة .

466 (١) ساقط من ل . (٢) ل : ولا يعلمون لها عدد الورثة .

(٣) كذلك ل . وفي ف يباح . أما ج فإنها لا تذكر شيئاً ولا تذكر يباحاً .

467 (٤) ساقط من ل . (٥) ساقط من ل .

نادر ، فلا يجوز حل الحكم على الناذر النادر . وجه قول محمد والحسن أن النساء قد يلدن كثيراً ولدين في بطن واحدة فلا يجوز أن يعطى سائر الورثة إلا المتيقن ، فيعزل حظ الاثنين ويعطى الباقي لهم . وليس هذا عندهم كالمستلذين الأولين ، إنه لم يعط الزوج والزوجة ما يتيقن // [ف ١٠١ أ] استحقاقه بل أعطاهما أوفر النصيبين من قبل أن الحمل الذى به يستحق هاهنا موجود ، وهناك لم يكن السبب الموجب للنقصان عن أوفر النصيبين موجوداً ، فلذلك افرقا . ويمكن أن يقال : هاهنا الولد الثانى لا يتيقن وجوده فلا يبغي أن يُعتبر كأقلنا هناك ، فيلزمه على هذا أن لا يعطى أوفر النصيبين أيضاً هناك ، ولا يستحق أحدهما إلا المتيقن ، فإن قيل يلزم أبا حنيفة وأبا يوسف أيضاً أن لا يقولوا هناك بأوفر الحظين كما لم يقولوا هاهنا إن الورثة الموجودين يُعطون أوفر الحظين لأن أوفرهما أن يحمل الحمل على أنه أنثى^(٣) ولا يحمل على أنه ذكر ، والجواب عن هذا أن الحمل هاهنا موجود وهو إن^(٤) يستحق الميراث ، كما يستحق سائر الورثة فلم يكن سائر الورثة أولى بأن يُعطوا أوفر أنصبتهم من الحمل نفسه أن يترك له أوفر النصيبين ، وهو نصيب الذكر . وهو موجود في الحال ولا يحتاج إلى إثبات معنى آخر في كونه مستحقاً لهم الذكر إن كان ذكراً . وهناك يحتاج إلى إثبات ورثة آخر لا يعلمهم بذلك إذا كان الحمل الذى يستحق به موجوداً . وليس في وقف^(٥) أوفر النصيبين عليه إسقاط شيء من حق سائر الورثة ، لأنه إذا كان أنثى^(٦) رُدَّ الفضل على سائر الورثة ، وإن كان ذكراً استحقه . وفي دفع ما راد على نصيب الأنثى^(٧) إلى سائر الورثة إسقاط حق الحمل إذ هو ذكر ، لأن ميراثه قد دفع

(٣) كذا في ل . وفى ف ، ج : إجماع .

(٤) ل : لم . (٥) ل : وقت .

(٦) كذا في ل ، ج . وفى ف : اثنين .

(٧) ف : الاثنين .

إلى سائر الورثة مع وجوده . وهذا لا يجوز . فلذلك وجب أن يوقف نصيب الإبن على ما قال أبو حنيفة وأبو يوسف . وأما في مسائل الزوج والزوجة فليس هناك وادث متيقن // [ل ١٢٢] حصوله بوجه . فلو جاز أن يقف^(٨) على من لا يعلم وجوده من الورثة ولا يدفع إلى^(٩) الحاضر مع علينا بكونه في حال لم يمكن حله لجاز^(١٠) على ما قال أنه يوقف جميع المال ولا يعطى شيئاً منه إلى الورثة ، إذ جاز أن يظهر دين على الميت يستغرق جميع التركة .

فصل

468

{ "وقال أبو حنيفة^(١) : إذا أقام الرجل البينة أن هذه الدار كانت لأبيه ولم يشهدوا أن أباه مات وتركها ميراثاً فإني لا أحكم بها للأب . وقال أبو يوسف : أحكم بها ميراثاً بين ورثة الأب . وكذلك لو شهدوا أن جده مات وتركها ميراثاً ولم يزيدوا على هذه المقالة لم يحكم بذلك للجد ولا لهم . وقال أبو يوسف : أحكم بها للجد ولمن بعده . فإن شهدوا أن جدهم فلان بن فلان الفلاني مات وتركها ميراثاً لفلان ولفلان وهم ولده ثم مات فلان ابنه وترك // [ف ١٠١] حصته منها ميراثاً لورثته وهم هؤلاء ، جازت الشهادة في قولهم جميعاً ويحكم بها هؤلاء . ميراثاً عن الأب ، والأب عن الجد { . أما وجه قول أبي حنيفة : إذا لم يشهدوا أنه مات وتركها ميراثاً لورثته وإنما يشهدوا بأنها كانت لأبيه أو لجد ، فلأن ملك الميت في الحال زاعل فلا يجوز لنا إثبات ملك قد تيقنا زواله . ولا يشبه هذا شهادتهم بموته وأنه تركها ميراثاً للورثة لأن ما هنا في الحال من ينوب عن الميت في إثبات الملك ، فيثبت الملك ميراثاً عن الميت .

(٨) ل : لا يوقف الأمر .

(٩) ساقط من ف .

(١٠) ساقط من ف .

وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن هؤلاء قد شهدوا بأن الملك كان الميت ، وملك الميت لا يزول إلى غير وارثه ، فصار كأنهم شهدوا بأنه مات وتركها ميراثاً لورثته ، فيحتاج الورثة أن يقيموا البيعة على عديم ويستحقون الدار^(٢) . ولو شهدوا على إقرار الذى فى يديه الدار أنها دار جدم جازت الشهادة وقضى بها لجدم ثم لمن [بعده^(٣)] من الورثة لأن الإقرار يثبت حكمه بنفسه فلا يحتاج أن يقضى به القاضى^(٤) . فإذا كان كذلك فالشهود هاهنا إنما نقلوا إقراره إلى القاضى فصار كأنه أقر عنده بذلك ، فعليه تسليمها إلى ورثته .

469 قال : { ولو أن رجلاً ادعى شيئاً لأبيه وأقام البيعة أن هذا الشيء لأبيه ، مات وتركه } [ل ١٢٢ ب] ميراثاً ، وأن أباه مات يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا ، "وأقامت امرأة البيعة أن أباه تزوجها يوم كذا من شهر كذا من سنة كذا" وأنه مات بعد ذلك اليوم الذى وقت الابن فإنا نحكم فى التزويج والمهرات لما مع الابن . وكذلك لو أقامت امرأة أخرى بيعة على تزويجها من الأب الميت بعد وقت الابن ووقت المرأة الأولى وأنه مات بعد ذلك ، فهو مثل هذا ويحكم بتزويج الثانية أيضاً وبميراثها مع الأولى والابن { لأن "توقيت موت الميت" لا يتعلق به حق على أحد فلا يقع به القضاء ، فلا فرق بين إقامة البيعة على التوقيت وبين عديمه إذ لم يتعلق به وجوب حق^(٥) على أحد . وليس الموت فى هذا كالقتل لو أقام الابن بيعة على أن أباه قتله فلان يوم كذا قضى القاضى بذلك على القاتل ، ثم أقامت المرأة البيعة أنه كان

(٢) ف : الميراث .

(٣) ل ، ل ، ف ، ج : يعلم .

(٤) ف ، ج : فاض أكثر .

(٥) ف ، ج : تركته قبل الموت .

469 (١) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ل .

تزوجها بعد ذلك لم يلتفت إلى بينها ، لأن القتل قد تعلق به وجوب الحق على القاتل وهو القود أو الدية فيقع به القضاء ، ^(٤) وإذا وقع به القضاء ^(٥) لم يجوز فسخه بينة المرأة ، فتبطل بينها والقضاء ماض . وفي الباب الأول لم يقع القضاء بوقت الموت إذ لم // [ف ١٠٢ أ] يتعلق به وجوب حق على أحد ، فلا فرق بين وجوده وعدمه في قبول بينة المرأة إذ ليس ^(٦) فيه فسخ قضاء قاض وإبطال بينة قد حكم بها . وتظير مسألة القتل أن تقيم المرأة البينة ^(٧) أن الرجل كان تزوجها يوم النحر بمكة فقصى القاضى بها ، ثم أقامت امرأة أخرى البينة أنه كان تزوجها ذلك اليوم بالكوفة أو بخراسان ، فلا يلتفت إلى البينة الأخرى لأن وقت التزويج للأولى قد تعلق به حق المرأة على الزوج وقد حكم به قاض فلا يجوز إبطاله بينة أقامت الأخرى .

470 باب القاضى لمن يجوز قضاؤه ولمن لا يجوز

الأصل في هذا الباب أن قضاء القاضى يجوز لكل من جازت له شهادته ^(٨) ، وكل من لا يجوز له شهادته ^(٩) فإنه لا يجوز قضاؤه له وكذلك قضاؤه جاز على من جازت عليه شهادته ، ومن لا يجوز عليه شهادته لا يجوز قضاؤه عليه . والدليل على صحة هذا الأصل أن قضاء العبد لا يجوز على الناس ولا لهم . وكذلك قضاء الكافر على المسلم والمسلم . وكذلك قضاء الصبي ^(١٠) لا يجوز لأحد ولا على أحد . ويجوز قضاء المسلم البالغ العدل على الأجنبي وللأجنبي الذى ليس بينه وبين القاضى عاقلة . وليس ما هنا معنى يفرق بينهما إلا أن شهادة القاضى ما هنا // [ل ١٢٣ أ] جائزة على المقضى عليه وللمقضى له بغير قضاؤه أيضاً . وهناك في العبد والكافر والصبي لم تميز شهادتهم على

(٤) ساقط من ل

(٥) ساقط من ل

470 (ب) ف : شهادة .

(٦) ساقط من ف

المقضى عليه ولا له فلم يجوز قضاؤه له ولا عليه . فعلينا أن القضاء يجري مجرى من جازت شهادته جاز قضاؤه . ^(٣) فإذا عرفنا هذا ^(٤) قلنا في مسائل الباب : { إن قضاء القاضى جائز للإمام وعليه كما تجوز شهادته له وعليه } . وأيضاً فقد روى عن علي بن أبي طالب ^(٥) عليه السلام أنه وجد درعاً في يدى عبد الله ابن قفل ^(٦) فقال : هات الدرع ، فإنها لرجل من قريش قُتل يوم الجمل يعنى طلحة بن عبيد الله . فقال عبد الله : اشتريتها بأربعة آلاف . فقال : بيني وبينك شريح . فقال شريح لعلي رضي الله عنه : يبتك . فجاء بعبد الله بن جعفر ومولى لعلي ، فكان شريحاً اتهم المولى فلم يجز شهادته ، فغضب علي عليه السلام وأخذ الدرع وقال للرجل ^(٧) : « اتبع بأهلك » ^(٨) وعزل شريحاً عن القضاء ثم أعاده . فأفادنا هذا الخبر جواز قضاء القاضى على الإمام الذى يتولى القضاء من جهته وللإمام . ^(٩) لأنه لو لم يكن قضاء شريح // [ف ١٠٢ ب] جائزاً له وعليه ما ارتفع مع الخصم إليه ^(١٠) . وفيه أيضاً أن للقاضى أن يحكم بعله وإن لم يكن هناك شهود ، ^(١١) لأنه لو لاه لم يجوز لعلي أن يأخذ الدرع من عبد الله بغير قضاء . فلما أخذ علي عليه السلام ، الدرع من عبد الله بحصول عليه يكون الدرع الذى ادعاه ثبت أن للقاضى أن يقضى بعله ^(١٢) . وهذا مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف .

471 ^(١٣) قال رحمه الله : وأما عزل علي فلم يكن عندنا لأجل أنه لم يقض له

(٣) ف : فإذا كان هذا على ما وصفتنا .

(٤) كذا فى ل . وفى ف : رضى الله عنه .

(٥) كذا فى ل . وفى ف ، ج بيان . وهذا الخبر لم يرد فى شرح نهج البلاغة لابن أبي الحديد عند ذكر القاضى شريح ، ج ١٤ ، ص ٢٨ - ٢٩ .

(٦) ساقط من ل . (٧) ل ف ، ج : ابع بها .

(٨) ل : ألا ترى أنه ارتفع لى شريح ؟

(٩) ل : ألا ترى أن علياً أخذ الدرع بغير قضاء ؟

وإنما عزل عن الكوفة وولاه بانيقا^(١) لأن أولئك كانوا دعاة مكره خيلاء فلما رأى من شريح صرامته وشهامته أراد أن يولّوهم عليهم لفسادهم^(٢) . وأيضاً ما روى عن عمر أنه اختصم هو وأبيّ إلى زيد بن ثابت . فدل ذلك أيضاً على جواز قضاء القاضي على إمامه . وأيضاً ما روى عن عثمان وطلحة أنهما اختصما إلى جبير بن مطعم فقال عثمان : لي الخيار لأنني بعت ما لم أره . وقال طلحة : لأنني اشتريت ما لم أره . فجعل جبير الخيار لطلحة . فدل ذلك أيضاً على جواز قضاء من دون الإمام للإمام وعليه . فهذا الخبر قد اشتمل على أحكام ، أحدها ما ذكرنا ، والثاني جواز التحكيم والثالث جواز بيع ما لم يره وشرائه ، والرابع أن المشتري الخيار فيما لم يره . وبقية مسائل الباب عندي على ما ذكرنا من الأصول فقيس عليها فإنك تجدونها جارية عليها إن شاء الله^(٣) .

472 باب ما يكون الرجل فيه خصماً وما لا يكون

الأصل في هذا الباب أن المدعى عليه متى ما أحال الخصومة على خصم معروف بوجهه^(١) بينة أقامها لم يكن بينه وبين المدعى خصومة . وإذا لم تقم البينة على ذلك لم يدفع عن نفسه الخصومة . وهذا قولهم . والفصل^(٢) الأول على الخلاف . في قول أبي حنيفة .^(٣) يدفع الخصومة عن نفسه^(٤) . وفي قول أبي يوسف : على حسب ما يرى القاضي . وفي قول محمد : لا يدفع الخصومة

471 (١) قرية قريبة من الكوفة ، أكثر سكانها اليهود . أنظر شرح نهج البلاغة ، ج ١٤ ، ص ٢٨

(٢) ل : وأما عزله لأنما عزله لأجل أن ولده موحماً آخر .
(٣) ف : ب ، ج : قطع .

472 (١) ل : من جهة .
(٢) ف : ما ذكرناه .
(٣) ل : القضاء .

حتى يقيم البيئة على وصول الشيء إليه^(٤) من يد ذيره ويثبت^(٥) الشهود اسم الرجل ونسبه .^(٦) وقد بينا هذه المسئلة في الدعوى^(٧) . فوجه قول أبي حنيفة أن الشهود إذا بينوا أن الذي وصل الشيء من يده إلى^(٨) يد هذا^(٩) فقد بينوا أن الخصم غير هذا ، فلا يحتاج إلى إثبات اسمه ونسبه . وأما محمد فقال :^(١٠) لا أقبل في هذا كما^(١١) لا أقبل في كتاب القاضي إلى^(١٢) [ل ١٢٣ ب] قاض وغير ذلك من الحقوق . وأما أبو يوسف فإنه قال : يجوز أن يكون هذا حيلة منه ، فإذا اتهمه القاضي لم يلتفت إلى بيئته ، وإذا لم يتهمه قبلت بيئته . وأما إذا أقام البيئة عن وصول^(١٣) الشيء من جهة الغائب وأثبتوا اسمه ونسبه فلا خوف بينهم في دفع الخصومة^(١٤) [ف ١٠٣ أ] لأنه قد أحال الخصومة على خصم معروف فتقبل بيئته على دفع الخصومة ، وإن لم يحكم بالمال للغائب لأنه خصم في إسقاط الخصومة عن نفسه . مثل الدبد إذا جاء وكيل المولى ليحمله إليه فأقام بيئته أن مولاه أعتقه إنه يسقط عن نفسه الخصومة^(١٥) في حله^(١٦) وإن لم يثبت العتق من جهة مولاه . وكذلك المرأة إذا أقامت البيئة على وكيل زوجها^(١٧) بحملها إليه^(١٨) أنه طلقها قبلت بيئتها في دفع الخصومة وإن لم يحكم بالطلاق . ما ذكرناه يكون المدعى عليه خصما في دفع الخصومة وإن لم يحكم بالملك للغائب لأنه ليس بخصم في ذلك . وكما أنه لو ادعى عليه مدع دينا فأقام البيئة أنه قد كان أحاله على زيد ، قبلت بيئته في دفع الخصومة وإن لم يثبت المال والحوالة على زيد . فكذلك ما ذكرناه مثله . وأما إذا لم يقيم بيئته على ذلك فإنه لا يدفع عن نفسه الخصومة لأنها حق قد وجب للمدعى على المدعى عليه بدلالة أن القاضي يمدى عليه ويجوز^(١٩) بينه وبين تصرفه

(٤) ساقط من ف .

(٥) ف : ويجب .

(٦) ل : رجل يعرفه .

(٧) ل : فنزل .

(٨) ساقط من ل .

(٩) ساقط من ل .

(١٠) ساقط من ل .

(١١) ساقط من ف .

(١٢) ل : يجوز .

وإشغاله . فإذا كان كذلك لم يكن له سبيل إلى إسقاط حقّ لزمه بقوله كما ليس له أن يسقط عن نفسه الدين الذي يلزمه للغير بقوله ، وله أن يسقطه بيئته . كذلك هذا . وفي هذه المسئلة خلاف من ثلاثة أوجه : ^(١٤) منهم من قال يدفع عن نفسه الخصومة [بقوله ^(١٣)] ، ومنهم من قال : لا يدفع الخصومة عن نفسه لا بقوله ولا بيئته ، وقلنا نحن : لا يدفع بقوله ويدفع بيئته . والوجه في الفصلين جميعاً ما بينا ^(١٤) . فإذا كان هذا ما وصفنا جئنا إلى مسائل الباب فقلنا :

478 { ولو أن رجلاً ادعى داراً في يدي رجل فأقام الذي هو في يديه بيئته أنها لفلان الغائب ، وصلت إليه من جهة بوديمة أو رهن أو إجارة أو غصب ، فلا خصومة بينهما . وكذلك لو لم يقم البيئته على هذا ولكنه أقام البيئته على إقرار المدعى بوصول الدار إليه من جهة الغائب بشيء مما ذكرناه فهو مثل هذا } لأنه قد أثبت إقراره بأن الدار وصلت إليه من جهة الغائب فلا خصومة بينهما ، كما لو أقر بذلك عند القاضي لم يكن بينهما خصومة . ^(١) وكذلك لو كان المدعى عرضاً من العروض والمسئلة بحالها فهو مثل هذا ^(١) . وكذلك لو أقام البيئته أنه سرقها // [ل ١٢٤ أ] من الغائب فهو مثل هذا لأنه بين ^(٢) أن الخصم فيه غيره . فكذلك لو لم يكن له بيئته على ذلك إلا أنه استحلّف المدعى ^(٣) على ما ادّعاء فشكل عن // [ف ١٠٣ ب] لأنه بمنزلة إقراره أن الشيء وصل إليه من جهة الغائب

(١٣) في ف : ع : بقولهم ، وهو تحريف .

(١٤) ل : وقد بينا ذلك في كتاب الدعوى .

(٢) مزيد في هامش ل .

478 (١) ساقط من ل .

باب كتاب القاضى إلى القاضى 474

الأصل فى هذا الباب أن الكتاب يقوم مقام عبارة المكتوب " من جهته " وخطابه ، بدلالة أن كتاب الله تعالى إلى رسوله صلى الله عليه وسلم يقوم مقام خطابه له فى الأمر والنهى وغير ذلك مما قد تضمن كتابه . وكذلك خبر الرسول صلى الله عليه وسلم لنا يقوم مقام خطابه لنا فى الأمر والنهى وغير ذلك . وكذلك كتبه إلى ملوك الفرس والروم وسائر الأفاق من العرب والعجم قامت مقام الخطاب لهم . فإذا كان كذلك ثبت أن الكتاب يقوم مقام عبارة المكتوب منه وخطابه للمكتوب إليه . فإذا كان كذلك وجب أن يقوم كتاب القاضى إلى القاضى مقام خطابه للقاضى بأن هؤلاء قد شهدوا بكذا وكذا ، فيقبل ذلك . وأيضاً فإن شهادة شهود الأصل يجوز نقلها بشهادة شاهدين على شهادتهما ، فكذلك نقلها بكتاب القاضى إذ الكتاب يقوم مقام القاضى ، وقول القاضى أنفذ فى جواز الحكم من قول الشاهدين . وكما جاز نقل الشهادة بشاهدين فقول القاضى وما يقوم مقام قوله أجوز فى نقلها إلى قاض آخر . فإذا صح هذا جئنا إلى مسائل الباب فقلاً :

475 { إن الرجل إذا تقدم إلى القاضى وسأله أن يقبل بيئته على حق " ثابت عنده " على رجل فى بلد آخر ليكتب له كتاباً إلى قاضى ذلك البلد فإن القاضى يسمع من شهوده على حقه الذى يدعيه وإن كان خصمه غائباً { لأنه لا يقع القضاء بهذه الشهادة وإنما أراد أن ينقلها إلى قاض آخر يكتبه فجاز أن يسمع من غير " " حضور خصم ، كما جاز للشهود سماع شهادة شاهدى الأصل . فإذا كان كذلك سمع القاضى من شهوده ونظر فى صلاتهم ، { فإن

474 (١) ف : منه .

(٢) ف : غيره .

475 (١) ل : بينة متبر .

كانوا عدولا جازت شهادتهم وكتب في الكتاب أن فلان بن فلان // [ل ١٢٤] الفلاني وفلان بن فلان الفلاني شهدا عندى لفلان بن فلان الفلاني ، يعنى المدعى ، بكذا على فلان بن فلان الفلاني ، يعنى المدعى عليه ، وأنه قد سأل عنهم فصدكوا عنده وعرفوا بالخير ، ويثبت حلام وحلية الشهود ، وأيضاً ، ومواضعهم لى إن احتاج إليهم عرف مواضعهم . ثم يقرأ الكتاب على الشهود الذين يشهدون على الكتاب ويدفع إليهم نسخة تكون معهم أيضاً لتكون تذكراً للشهادة // [ف ١٠٤] إذا أرادوا إقامتها عند القاضى المكتوب إليه قبل أن يفك^(٣) القاضى كتاب القاضى المكتوب منه . ويعتق القاضى كتابه بمحضرتهم ويشهدون أن هذا كتابه إلى فلان بن فلان قاضى بلد كذا وكذا وهذا غايته عليه { ، كما قلنا فى الشهادة على الشهادة أن شاهدى الأصل يلينى أن يشهدا الشاهدين على شهادتهما لأن هذا ليس مثل الإقرار الذى يثبت حكمه بنفسه وإن لم يشهد عليه المقر ، ولا مثل الحكم الذى حكم به الحاكم أن الشهود أن يشهدوا به وإن لم يشهدوا الحاكم على ذلك ، لأن الإقرار يثبت حكمه بنفسه ويجب به الحق وإن لم يقض به قاض . وكذلك حكم القاضى يوجب ثبوت الحق ، فيجوز للشهود أن يشهدوا بذلك إذا عاينوا وإن لم يشهدوا على ذلك بدلالة معايتهم عقد البيع وغير ذلك^(٤) من العقود الثابتة^(٥) ، ومن الضمانات التى تتعلق بالنصب والقرض وغيرهما ، فيجوز للشهود أن يشهدوا على ذلك إذا عاينوا وإن لم يشهدوا على ذلك . كذلك^(٦) ما ذكرنا من الإقرار وحكم الحاكم يجوز لهم أن يشهدوا عليهما بالمعانة لها . والمعنى الجامع منهما^(٧) كون المشهود به ثابتاً بنفسه . وأما كتاب القاضى

(٤) ف : الثانية .

(٣) ل : يقبل .

(٦) ساقط من ف .

(٥) ف : كان .

إلى القاضى والشهادة على الشهادة فلم يثبت لواحد منهما حكم^(٧) ، لأن الشهادة نفسها لا توجب ثبوت الحكم ما لم يحكم بها قاض . ألا ترى أن شاهدين لو شهدا عند قاض فسمع القاضى شهادتهما وهناك قوم يسمعون الشهادة ، ثم مات القاضى أو هزل ، لم يكن لهذه الشهادة حكم . ولو شهد هؤلاء القوم : إنا نشهد أن فلاناً وفلاناً شهدا عند القاضى فلان^(٨) بكذا وكذا وأنه مات أو هزل قبل أن يقضى بها لم يلغ القاضى إلى هذه الشهادة لأنه لم يثبت لها حكم بنفسها ما لم ينضم إليها // [ل ١٢ د أ] القضاء . وكذلك كتاب القاضى لا يثبت حكمه بنفسه لأن قاضياً لو كتب إلى قاضى بلد بأن فلاناً وفلاناً شهدا لفلان بكذا مات القاضى المكتوب إليه أو هزل لم يكن لهذا الكتاب حكم وإن شهد الشهود عليه عند قاض آخر ، فقد علمت أن الكتاب ليس يثبت له حكم ما لم ينضم إليه القضاء مثل القضاة سواء^(٩) . فإذا كان كذلك لم يجوز للشهود أن يشهدوا به لما يثبتهم إياه كما لا يجوز لهم الشهادة بسائر ما لا يثبت به حكم بنفسه^(١٠) .

476 { وقال الحسن بن زياد : قال أبو حنيفة : فإن قرأ الكتاب عليهم ولم يحتمه^(١١) بحضرتهم وهم لا يحفظون ما فيه وليس به نسخة معهم لم يجوز ذلك . وقال أبو يوسف يجوز الكتاب ويقبله القاضى الذى يرد عليه وإن لم يقرأه عليهم بعد أن يشهد القاضى الشهود أن هذا كتابه وخاتمته // [ف ١٠ ب] .

477 قال الشيخ : ^(١٢) لا خلاف بينهم أن القاضى المكتوب إليه لا يقبله حتى يشهد الشهود بأن هذا كتاب فلان القاضى . ثم اختلفوا بعده^(١٣) . وقال

(٧) ساقط من ل .

(٨) ف : بتسها .

(٩) ساقط من ل .

(١٠) ساقط من ف .

476 (١) ف ، ج : يقر .

477 (١) ل ل فقط .

أبو حنيفة ومحمد . لا يقبله أيضاً حتى يشهدوا بما في الكتاب . وقال أبو يوسف :
 "إذا شهدوا بنفس الكتاب جاز وإن لم يشهدوا بما في الكتاب" .

478 " قال : يدل " على صحة مذهب أبي حنيفة اتفاقهم جميعاً على بطلان
 الشهادة على المجاهيل ، كالشهادة لزيد على عمرو بمال مجهول ، أو أن له عليه
 حقاً (٢) ، أو أنه أعتق عبداً بعينه من العبيد ولا يعرف من هو منهم لم تميز
 الشهادة في شيء من هذا لكونها واقعة من مجهول . وهذا المعنى موجود
 في مسئلتنا لأن الشهادة تقع على ما في الكتاب ، وهو خطاب القاضي أن فلاناً
 وفلاناً شهدا عندى لفلان على فلان بكذا وكذا كما قلنا في الشهادة على الفسادة .
 فإذا كان كذلك ولم يكن لهم علم بما في الكتاب لم تميز الشهادة لكونها واقعة
 على مجهول وعلى ما ليس لهم به علم . (٣) وأيضاً قال الله تعالى ﴿إلا بمن
 شهد بالحق وهم يعطون﴾ (٤) وهؤلاء لا يعلمون الحق المشهود به
 فوجب أن لا تميز شهادته . وأيضاً قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تشهد
 حتى ترى مثل هذه (٥) ، يعنى الشمس الطالعة . وهذا الشيء معدوم في مسئلتنا .
 فوجب أن لا يميز (٦) . فإن قيل : لو كانت الشهادة تقع على ما في الكتاب
 لوجب أن يميز نقل ما في الكتاب بشهادة شاهدين إلى قاض آخر وإن لم
 يكتب القاضي // [ل ١٢٥ ب] قال رحمه الله : ليس معنا رواية في هذا . ثم
 وجدت الرواية بعد ذلك وفرقنا بينهما في موضعهما . كذا حكى عن صاحب

(٢) ف : جازت شهادتهم بعد أن شهدوا أن الكتاب من القاضي الكاتب إلى
 المكتوب إليه .

478 (١) ل : والدلالة . (٢) ساقط من ف .

(٣) سورة الزخرف ، ٤٣ : ٨٦

(٤) هذا الحديث لم يرد في ولسنك . إنما قابل كثر المال ، ج ٧ ، ص ١٣ حيث
 الحديث بنفس المعنى .

(٥) ساقط من ل .

التعليق . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن الشهادة تقع ^{٦١} على عين الكتاب لجازت وإن كان ما في بطن الكتاب مجهولاً عند الشهود ، كالشهادة ^{٦٢} على أن هذه الدراهم التي في هذا الكيس لفلان ، وأن هذا الثوب لفلان ، وهذه الصبرة ^{٦٣} من الحنطة لفلان ، إنه تجوز الشهادة في هذا كله وإن جهل الشهود وزن الدراهم وعددها وذرع الثوب وكسيل الحنطة . وكذلك ما ذكرنا مثله . ^{٦٤} وهذا خلاف بينهم فيه ^{٦٥} . والجواب عن هذا لآبي حنيفة أن الشهادة في هذه الأشياء ، تقع على عين المشهود به فلا يحتاج ^{٦٦} إلى علم الشهود بالوزن والكيل والعدد ، كما لا يحتاج في القضاء للدخلى به ^{٦٧} إلى علم القاضي بوزن الدنانير وذرع الثوب وكيل الحنطة لأن القضاء إنما يقع على عين المشهود به . وليس كذلك الشهادة على كتاب القاضي لأن الشهادة لا تقع على عين الكتاب . ألا ترى أن القاضي لا يقضى بعين الكتاب وإنما يقضى بما في بطن الكتاب ؟ ^{٦٨} ومعلوم أن القضاء لا يقع على غير المشهود به وإنما يقع على المشهود به . فلما كان القضاء لا يجوز أن يقع على عين الكتاب وإنما يقع على ما في بطنه ^{٦٩} فلا يمتضى الحكم حتى // [ف ١٠٥ أ] يكون الذي في بطن الكتاب معلوماً عنده . ثبت أن الشهادة لم تقع إلا على ما في بطن الكتاب . وإذا كان كذلك . وكان ما في بطن الكتاب مجهولاً عند الشهود لم تجز شهادتهم عليه .

479 وايضاً اتفقوا على أن الصك إذا لم يكن على وجه الخطاب والرسالة لم تجز الشهادة عليه حتى يشهدا بما في الكتاب ويعلم ذلك وإن كان الكتاب عندهما معلوماً . فكذلك ما ذكرنا من كتاب القاضي مثله ، لأن الشهادة واقعة على مجهول ، والشهادة على مجهول لا تجوز . وفرّق أبو يوسف بين كتاب القاضي

(٦١) ساقط من ل .

(٨١) ساقط من ل .

(٧٧) أي الكمية بلا كيل .

(١٠٠) ساقط من ل .

(٩٦) ساقط من ل .

وبين الصك الذى " وصفنا أمره " لأن الصك إذا لم يكن على وجه الخطاب فهو حكاية ، فلا يتعلق به حكم حتى يُقرّ المشهود عليه بما فيه ويشهدهم على نفسه ، وأما كتاب القاضى فهو على جهة الخطاب فينبغى أن تجوز شهادتهم عليه إذا شهدوا أنه كتاب القاضى ، كتب إليه جميع ما فيه .

480 قال : { ولو كتب القاضى : من فلان بن فلان إلى قاضى بلد كذا وكذا ، ولم يكتب اسم ذلك القاضى واسم أيه فينبغى للقاضى الذى يرد عليه ذلك أن يقبله } لأنه قد عرفه بكونه قاضى بلد كذا ، لأن البلد " لا يكون " فيه قاضيان وإنما يكون قاضى واحد فى الأغلب ، وقاضيان فى بلد واحد من الشاذ النادر ، فإذا كان كذلك صار إضافة البلد إليه تعريفاً له فيقوم مقام السبب (١) ، لجاز للقاضى الوارد عليه الكتاب أن يقبله .

481 قال : { ولو كان كتب : من فلان بن فلان إلى من وصل إليه كتابي هذا من قضاء المسلمين وحكامهم ، وأشهدهم على [[ل ١٢٦ أ] ذلك (١) ، فينبغى لكل من ورد الكتاب عليه من القضاء أن يقبله وينفذه إذا كان تاريخ الكتاب بعد ولاية الذى وصل إليه من القضاء الكتاب . أما جوازه فلان الخطاب جائز لقوم مجبولين بدلالة أن النبى صلى الله عليه وسلم أمرنا بأشياء ونهانا عن أشياء ، وكنا مجبولين عنده . كذلك كتب كتباً إلى الأفاق ودعاهم إلى الإسلام ولم يكن يعرفهم جميعاً ، وصح خطابه لهم بالإيمان ودعوته إياهم إلى الإسلام . فإذا كان كذلك ثبت أن الخطاب يصح للمجبول . وكذلك يكتب الخلفاء الساعية بمثل هذا إذا تحرروا (٢) بالأمر والنهى أهل بلد أو ناحية من

479 (١) ف : قدسنا وصله .

480 (١) ساقط من ل . (٢) ل . البيتة .

481 (١) مخطوطة ل تفتل من صفحة ١٢٦ أ إلى صفحة ١٢٨ ب .

(٢) هكذا ل ج . وفى ف : تحرروا . وفى ل : هموا . أى : إذا قصروا .

النواحي . فكذلك مسئلتنا ، جاز للقاضي أن يكتب إلى قضاة المسلمين ، إلى كلٍّ من وقع إليه الكتاب على ما بينا ، وليس هذا كالشهادة على الشهادة من هذا الوجه ولا الشهادة على كتاب القاضي . إنها لا تجوز إذا كان المشهود به مجهولاً عند الشهود . إنها لا تجوز عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف في الشهادة على كتاب القاضي تجوز وأن لم يعلم الشهود ما في بطن الكتاب والفرق بينهما : لأبي حنيفة أن الشهادة // [ف ١٠٥ ب] لا تجوز على المجاهيل عند الجميع والخطاب جائز لمجهول بدلالة ما ذكرنا . فلذلك لم تجز الشهادة على الكتاب إلا أن يعلموا ما في باطنه ، وجاز الكتاب إلى قضاة مجهولين . وإنما لم يدخل^(٢) القضاة الذين وُتوا بعد كتاب القاضي لأن الكتاب وإن همَّ فإنه يُدخل تحت العموم غير القضاة ، ومن وُلّيَ بعد ذلك لم يكن قاضياً في حال كتابة الكتاب ، فلا يكون داخلًا في الخطاب كما لا يكون سائر الناس داخلين فيه . وليس هذا كأوامر^(٣) النبي صلى الله عليه^(٤) ونواحيه ، إنها تعم جميع الناس من كان موجوداً في ذلك الوقت ومن وُجد بعده . فيعلم بذلك صحة ما قلنا .

مسئلة^(١)

482

قال : { ولو ادعى عبداً أو أمة أو دابة أو عرضاً من العروض مما يُنقل ويحول في يدي رجل فإن أبا حنيفة قال : لا أكتب له في شيء من هذا } . قال الشيخ : وهو قول محمد ، { قال أبو يوسف : إن ادعى عبداً في يدي رجل وأقام بيته عنده ، فسموه وحلوه ووصفوه ، فإن القاضي ينبغي له أن يكتب له إلى ذلك القاضي . وإذا ورد الكتاب على القاضي المكتوب إليه

(٤) ل : الله تعالى .

(٣) ل : يؤخذ .

482 (١) ل : فصل .

٢١ ختم في حق ٢٢ العبد وبس٣) به مع الرجل الذي أتى بالكتاب وأخذ منه كفيلاً بالعبد ٢٤ حتى يصير العبد إلى القاضي الذي كتب الكتاب ، فيشهد المهود على العبد بمينه ، ثم يكتب للقاضي كتاباً آخر إلى القاضي المكتوب إليه فيحكم بالعبد ٢٥ للطلاب ويرى كفيله . قال محمد : وقال أبو يوسف : أجزى هذا ٢٥) [ل ١٢٨ ب] في العبد ولا أجزى في الأمة { . وجملة الأمر في هذا أن أبا حنيفة لا يميز كتاب القاضي إلى القاضي فيما ينقل ويحول وتقع الشهادة على مينه ، وهو قول محمد ، ويمحور كتابه في الديون والحقوق التي تثبت في الذم ولا تُسقطها الشبهة ، وفي المقار . وهو قول محمد . ووافقهما أبو يوسف في هذا كله ما خلا العبد ، فإنه أجاز كتاب القاضي إلى القاضي على الوجه الذي قاله . ونحن نين ذلك أوضح مما قاله إذا اتهمنا إليه إن شاء الله تعالى . فأما جواب الكتاب في الديون وما يثبت في الذم من الحقوق التي لا تسقطها الشبهة ٢٦ فقد بينا جوازه وقلنا : إنه يحوز كما تحوز الشهادة على الشهادة ٢٧ . وكما تحوز فيها شهادة النساء ، لأن الكتاب أيضاً يقوم مقام خطاب القاضي الذي كتب بما سمع من المهود ، كما أن الشهادة تقوم مقام شهادة الأصل . وكما تقوم شهادة النساء مقام شهادة رجل . وأما ما تسقطه الشبهة فكذلك القاضي فيه غير مقبول ، كما لا تحوز الشهادة فيه على الشهادة ولا شهادة النساء ، مثل الحدود والقصاص ونحوهما . وأما ما ينقل ويحول فإنه لم يميز ٢٨ عند أبي حنيفة ٢٩ كتاب القاضي إلى القاضي فيه لأن البيئة [ف ١٠٦ أ] لا تسمع إلا بإحضار المشهود به ، والمشهدود في يدي المدعى عليه غائب عن

(٢) ل : حكم في حق .

(٣) ساقط من ل .

(٤) ساقط من ل .

(٥) مزيد هنا في ل : إن ادعى عبداً في يدي رجل فأقام بيئته فسموه .

(٦) ساقط من ل .

(٧) ساقط من ل .

القاضي ، فلا يجوز أن يكتب به . فإن ^(٨) قيل : والينة لا تُقبل أيضاً إلا هل
ختم حاضر ومع ذلك فقد قبلتم ^(٩) بينة المدعى ها هنا ، فليتم لا تقبل نيته
أيضاً على العروض وإن لم يكن حاضراً ؟ قيل له : لأن العرض المشهود عليه
لا يمكن أن يعرف بالصفة لأن الشهادة في الأعيان لا تصح ^(١٠) إلا على
عين ^(١١) . فإذا كان كذلك لم يجوز قبول الشهادة عليه . وأما النعم فإنه معروف
وجوز أن يعرف بالنسب ، وتقع الشهادة على اسمه ونسبه بالإتفاق . فذلك
يسمع القاضي البينة مع غيبة المدعى عليه ، ولم يسمع مع غيبة المشهود به إذا
كان عرضاً عما يُثقل ويُحوّل . وأما أبو يوسف فإنه أجاز ذلك في العبد ،
قال : لأن العبد يمكن أن يحلّى ويوصف فيعرفه القاضي بذلك ، ويسمع
من الشهود الشهادة على حلية العبد وصفته ثم يكتب بذلك كتاباً إلى القاضي
الذي في بلد المدعى عليه ، ويبحث المدعى مع الشهود الذين يشهدون على
الكتاب . فإذا ورد الكتاب ^(١٢) أحضر القاضي ^(١٣) المكتوب إليه ختم
المدعى والعبد الذي شهد عليه الشهود ^(١٤) [ل ١٢٩ أ] بصفته ، فإن وافق
حليته الحلية التي شهد عليها الشهود أخذ العبد من يد المدعى عليه وختم في
حق العبد وبحث به مع الرجل الذي أتى بالكتاب إلى ^(١٥) المدعى . ويأخذ
منه كفيلًا حتى يذهب بالعبد فيوصله إلى القاضي الذي كتب الكتاب لئلا
يأخذه فلا يذهب به إلى القاضي . ^(١٦) فإذا وصل العبد إلى القاضي الذي كتب
الكتاب ^(١٧) أحضر الشهود حتى يشهدوا على عين العبد . فإن قالوا : هو العبد
الذي شهدنا على حليته فقد وقعت الشهادة على عين العبد بملكه للمدعى . إلا أن

(٨) ساقط من ف .
(٩) ل : على الصفة .
(١٠) ساقط من ل .
(١١) يجري الرجوع الآن إلى صفحة ١٢٦ ب من مخطوطة ل .
(١٢) ل : يني .
(١٣) ساقط من ف .
(١٤) ف : بئنا .

هذا القاضى لا يجوز له أن يحكم بالعبد المدعى والمقضى عليه غائب^(١٥) فإنه يبنى أن يبعث بالعبد مع المدعى ويكتب معه كتاباً آخر بأن الشهود قد شهدوا بهذا العبد بعينه لهذا الرجل ، ويذكر أسماء الشهود ونسبهم واسم المدعى على ما يتنا فيما تقدم . وإذا وصلوا إلى القاضى المكتوب إليه أحضر^(١٦) المدعى عليه ، ويأمر المدعى أن يقيم بيعة على ما فى الكتاب . فإذا قامت البيعة على ذلك قضى على المدعى عليه بالعبد للمدعى ، ويرى^(١٧) الكفيل . وأما الأمة فإنه لا يجوز للقاضى أن يكتب بأمرها وإن كانت مما يجوز أن يحل ويوصف لأنها ذات فرج ، وقد حظر علينا فيها ما لم يحظر من العبد . فلا يجوز أن تنفذ مع الناس^(١٨) كما قلنا فى العبد . فذلك فرق أبو يوسف بينها وبين العبد .

فصل^(١٩)

483

قال : { فإن كتب القاضى كتاباً للمدعى فيما يجوز له ثم ضاع ذلك الكتاب فأراد أن يأخذ منه كتاباً آخر فإن القاضى يكتب له كتاباً آخر ويبين فيه : أنى قد كنت كتبت بهذا المال // [ف ١٠٦ ب] كتاباً آخر وادعى أنه ضاع ، { لتلا محتمل على المدعى عليه فيأخذ بأحد الكتابين المال الذى ادعاه ثم يحسم الكتاب الآخر فيطالبه به أيضاً فيأخذ حقه مرتين ، والحق حق واحد . وكذلك إن انتقل المطلوب من بلد القاضى المكتوب إليه فسأل المدعى القاضى أن يكتب له كتاباً إلى قاضى البلد الذى تحول إليه المدعى عليه ، فإن القاضى يكتب بذلك أيضاً ويبين فيه ما ذكرنا من دفع كتاب آخر إليه بذلك المال وأنه ادعى أن المطلوب قد تحول إلى موضع آخر .

• (١٦) ساقط من ل

• (١٨) ل : المدعى

• (١٥) ساقط من ف

• (١٧) ل : وبين

• (١٩) ساقط من ل

{ وإن ثبت حقه عند قاض وكتب له كتاباً على ما شهد به الشهود ، ثم
قدم المطلوب إلى البلد الذي فيه القاضى الذى كتب الكتاب فقدمه الطالب
إليه ، فلا ينبغي للقاضى أن يحكم عليه بشهادة أولئك // [ل ١٢٦ ب] الذين
شهدوا { لأن تلك الشهادة لم تقع على خصم ، والشهادة التى لا تسمع على خصم
لا يجوز للقاضى أن يحكم بها . فلذلك أمر بإعادة الشهادة على الخصم .

وإذا أثبت رجل وفاة رجل وعدد ورثته ، وهو وارث ، فأراد من القاضى
كتاباً بذلك إلى قاض آخر كتبه له . وكذلك إن ثبت نسب من رجل ميت كتب
له بذلك { لأن النسب والميراث جميعاً مما يثبت فيه الخصومة ويسمع القاضى
البيئة عليه لو كان المدعى عليه حاضراً . فلذلك جاز أن يسمع من الشهود
ويكتب به الكتاب . { وكذلك لو ادعى الرجل نسباً من أمة لجحد الأب وهو
فى بلد آخر ، فطلب من القاضى أن يسمع من بيته ويكتب به إلى القاضى الذى
فى البلد الذى فيه أبوه ، فإن القاضى يسمع منه " ذلك ويكتب " . وكذلك
لو ادعى الأب نسب ولد والولد فى يدى رجل يترقه (١) فى بلد آخر ، فإن
القاضى يسمع من بيته ويكتب به فى قول أبى يوسف . وفى قول أبى حنيفة :
لا يكتب بذلك . وكذلك لو ادعى أن فلانة زوجته وهى فى بلد آخر فإن
القاضى يسمع فى هذا كله شهادة شهود المدعى ويكتب به كتاباً إلى القاضى
الذى فى بلد المدعى عليه { . والأصل فى هذا كله ما ذكرنا أن كل " حق "
لا يسقط بالشبهة يُقبل فيه كتاب القاضى إلى القاضى كما تقبل الشهادة وشهادة

• 484 (١) ساعد من ل

• (٢) ساعد من ف ، ج

• 485 (١) ساعد من ل

النساء ، لأن الحق مما يقبل فيه الإبدال^(٣) ، هذا إذا كان الحق المدعى ما لا تقع الشهادة على عينه . فإذا كان كذلك قلنا إن الشهادة على نسب الولد من الأب ، إذا كان الابن هو الذى يدعى والأب يشكره ، جاز أن يكتب بذلك فى قولهم جميعاً ، لأن الحق المدعى وهو النسب ليس يحتاج أن تقع الشهادة على عينه ، لأنه ليس بعين ، وإنما هو حق يثبت بين الوالد والولد ، فصار مثل [ف ١٠٧ أ] الدين فى باب جواز الكتاب به . وأما إذا كان الأب هو المدعى للنسب الابن ، والابن فى يدى رجل استرقه ، فإن الأب^(٤) يريد إزالة يد المدعى عليه وملسكه من عين الولد الذى فى الظاهر أنه ملكه ، فصار مثل استحقات العبد ، فلا تُسمع الشهادة أو يحضر الولد . فلذلك لم يجوز أبو حنيفة أن يكتب الكتاب به . وأما^(٥) أبو يوسف^(٥) فإن من أصله جواز الكتاب فى دعوى العبد . وكذلك هذا . وأما إثبات الزوجية فإنه يُقبل فيه كتاب القاضى إلى القاضى فى قولهم جميعاً^(٦) لأنه ليس فى هذا إزالة ملك للمالك ، وإنما هو إثبات [ل ١٣٧ أ] حتى^(٧) له فى بعضها واستباحته بمقد النكاح ، فيصير مثل سائر الحقوق التى يدهيها الإنسان على غيره وتدهيها المرأة على الزوج من العلق والمناق والصلح وغير ذلك من الحقوق . وأما نسب الابن فإن فيه إزالة ملك الذى هو فى يديه فى الظاهر ، فلا يُسمع من الشهود أو يحضر الابن كما قلنا فى الاستحلاف^(٨) .

(٣) ل ، ج : الإبدال والمثبت هو الصحيح ، أى ما يقوم مقام الأصل . أنظر أحكام القرآن لـ ج ٢ ، ص ٢٣٩

(٤) ف : الابن . (٥) ف : أبو حنيفة .

(٦) ساقط من ل .

(٧) الاعتماد هنا على ل ، إذ أن ف فيها إمادة وتطويل لنفس النقط ولا فائدة من إثباتها .

فصل^(١)

446

{ وإذا شهد شهود المدعى بمحدثين من حدود الضيعة المدّعاة لم // [ف ١٠٧ ب] يسمع القاضي منهما^(٢) ولم يكتب بذلك كما لا يحكم به لو كان المدعى عليه حاضراً } ، لأن التعريف لا يقع بمحدثين فلا يقبل الشهادة على غير معروف^(٣) . { وأما إذا شهدوا على ثلاثة حدود جاز أن يكتب { لأن التعريف واقع في الأغلب وإن كان قد يتفق داران في ثلاثة حدود لأن موافقتهم لا يكون إلا نادراً ، كما يتفقان في أربعة حدود إلا أنه يكون شاذاً نادراً . فلا يخرج التحديد من أن يقع به التعريف . كذلك تعديدهم بثلاثة حدود مثل هذا كما قلنا في تعريف الفسبة أنه إذا سُمّي المطلوب باسمه واسم أبيه وجده كان جائزاً وإن اتفق مثله . كذلك هذا .

فصل^(١)

447

قال^(٢) : { وللقاضى أن يكتب بما علم من إقرار المطلوب إذا سأل الطالب ذلك كما يكتب بينة المدعى } ، لأن عليه بكون الشيء على ما ادعى المدعى أولى من شهادة الشهود بذلك . إذا كان المكتوب إليه ممن يرى القضاء يعلم القاضى من غير بينة قامت عليه . فأما إذا كان المكتوب إليه لا يرى القضاء يعلم القاضى فلا معنى لكتاب القاضى إليه لأنه لا يجوز للمكتوب إليه أن يحكم بما عنده أنه خطأ وباطل .

446 (١) ف : مسألة .

(٢) الاعتماد على ف إذا أنزل مضطربة جداً هنا .

(٣) ساقط من ف .

447 (١) ساقط من ل

{ وإذا علم الذمى علماً ثم أسلم ثم استنقضى لم يجوز له أن يحكم بما عليه في حال كفره عند أبي حنيفة . وكذلك ما عليه العبد في حال الرق ثم اعتق واستنقضى ، والصبي إذا علم في حال الصبي ثم بلغ واستنقضى لم يجوز لواحد منهم أن يقضى بما علم وهو ليس من أهل القضاء في تلك الحال عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف : له أن يحكم في هذا كله كما جاز له أن يشهد بما قد عليه في حال لم يكن من أهل الشهادة ، وهى حال الكفر والرق والصبي } . قال الشيخ^(٢) : وهو قول محمد المشهور . روى عنه آخره^(٣) أنه قال : لا يجوز للقاضى أن يحكم بعله إلا ببينة . وأما أبو حنيفة فإن من أصله أن ما عليه القاضى قبل القضاء فإنه لا يجوز له // [ل ١٢٨ ب] أن يحكم به وإن كان في تلك الحال من أهل القضاء ،^(٤) فاسمعه في حال ليس فيها من أهل القضاء أولى أن لا يحكم به إذا استنقضى .

{ وإذا لم يكن للدعى إلا شاهد واحد أو امرأة واحدة وسأل القاضى أن يكتب بذلك كتاباً ، فإن القاضى يكتب له { ، لأنه لو جاء بالدعى وأقام عليه شاهداً واحداً أو امرأة واحدة قبل ذلك منه ، وقيل له : هات شاهداً آخر حتى يتم لك الحق . وفي المرأة يقال له : هات امرأة أخرى ورجلاً آخر يشهدان على مثل شهادة هذه ، " ويتم لك " الحق . فكذلك ما هنا

488 (١) ف ٢ مسألة .

(٢) ف : محمد .

(٣) كذا في ج . ول ف : أخره . ول ل : بخره .

(٤) ساقط من ف ، ج .

489 (١) ل : وعلتك .

يسمع القاضى منه ويكتب بذلك حتى إلى القاضى المكتوب اليه ويقم تمام^(١) الشهادة هناك . وإن كان المكتوب يشهدته رجلا ضم إليه رجلا آخر عند [ف ١٠٨ أ] القاضى المكتوب إليه حتى تتم الشهادة ، وإن كانت امرأة ضم إليها امرأة أخرى ورجلا آخر كما قلنا في حال حضور المدعى وكما قلنا في الشهادة على الشهادة . ويجوز للشاهدين أن يسمعا من أحد شاهدى الأصل دون الآخر . وكذلك للقاضى أن يسمع ما هنا من أحد الشاهدين إذا لم يكن للمدعى غيره .

فصل^(١)

490

وإذا كان في يدى رجل أمة فأقام رجل بيته أنها له ، فعضى له القاضى بها ، فقال الذى هو في يديه للقاضى : إني اشتريتها من رجل يقال [له] فلان بن فلان الفلاني ، وهو في بلد كذا ، ودفعت [إليه الثمن] ، وشهودى ها هنا ، فاسمع منهم وأكتب لى بذلك ، فإنه يسمع من شهوده ويكتب له بما صح عنده من أمره { لأنه يدعى بهذا^(٢) الرجوع على البائع بالثمن ، والثمن إنما يثبت في ذمته ، فيسمع بيته عليه ويكتب به كما قلنا في سائر الديون .

491 قال : { ولو أن جارية في يدى رجل ادعت أنها حرة الأصل بعدما أقرت بالرق فأقامت شاهدين على أنها حرة الأصل لجعلها للقاضى حرة ، فقال الذى هو في يديه : اشتريتها من فلان بن فلان ، فاسمع من شهودى وأكتب بذلك إلى ذلك القاضى ، فإنه يفعل ذلك } ، لأن الجارية قد استحققت نفسها بالحرية فيكون استحقاقاً على البائع الذى اشتراها منه المشتري ، وعلى غيره أيضاً ، فإذا سأل المشتري القاضى أن يسمع من شهوده حتى يثبت

(٢) ف : باق .

490 (١) ف : مسألة .

(٢) ل : بها .

له^(١) الرجوع عليه بالثمن مع منهم ، فكتب له كآة لنا في الاستحقاق في الفصل الاول .

فصل^(١)

492

أولو أنها لم تقم بينة على حرية الأصل ، إلا أنها قالت : ما أقررت بالرق وأنا حرة الأصل ، ولم يكن للذي هي في يديه بينة على إقرارها بالرق ، فجعلها القاضي^(٢) [ل ١٢٨ أ] حرة ، فقال الذي هي في يديه للقاضي : اسمع من شهودي هل شراى من فلان ليثبت لي الرجوع عليه بالثمن ، فإن القاضي لا يسمع منه ذلك ولا يكتب له { لأن البائع لو كان حاضراً لم يلزمه شيء بهذه الدعوى من المشتري ، لأن الجارية لم تستحق عليه بينة ، وإنما حكم القاضي بحريتها بالظاهر لأن^(٣) الناس في الأصل أحرار حتى يثبت الرق ، وإذا كان حكمه بالحرية من^(٤) جهة الظاهر دون الاستحقاق لم يجب للمشتري الرجوع بالثمن ، لأن الظاهر لا يستحق به على الغير شيء . وأيضاً فإن الذي هي في يديه قد أقر بأن الجارية قد أقرت بالرق وأنه اشتراها من فلان وهي مقرة بالرق ، ثم أنكرت بعد ما حصلت في يديه ، فإذا جاز عن إقامة البينة على إقرارها بالرق ولم يجوز له الرجوع على البائع بالثمن لأنه معترف أن السبب الموجب لزوال ملكه ، وهو الإنكار ، لم يكن موجوداً في يدى البائع ، وإنما حدث في ملكه ، فصار كأن^(٥) [ف ١٠٨ ب] الجارية أقامت البينة على عتق المشتري لإياها . فلا يجب له الرجوع على البائع لعدم المعنى الموجب لزوال الملك في يدى البائع . وأما إذا أقامت البينة على خرية الأصل فإن كونها حرة الأصل

491 (١) ف : لنا .

492 (١) ساقط من ل .

(٢) يجرى الاعتقال الآن إلى صفحة ١٢٩ ب من مخطوطة ل .

(٣) ساقط من ل .

معنى كان موجوداً في يدى البائع ، فصار كاستحقاق ملكها في الأصل . بل هذا أشد من ذلك لأن هذا استحقاق على جميع الناس وذلك استحقاق على الباعة لحسب^(٤) . فلذلك وجب الرجوع هناك ولم يجب في مسئلتنا .

493 قال : { ولو قال المشتري للقاضي : ساف البائع - يعنى إذا كان حاضراً - بالله ما هى حرة الأصل ، فإن القاضي يحلفه على ذلك } ، لأنه لو نسل عن اليقين لزمه رد الثمن عليه . " فإذا كان للمشتري حق في استحقاقه وجب أن يحلف على دعواه " .

494 { " قال : وكذلك لو أقام المشتري بينة على أنها حرة الأصل ليرجع بالثمن على البائع قبل بيته { لأنه يدعى : إن المبيع الذى أخذه منك قد أخذ من يدى بمعنى كان موجوداً في يدك ويوجب استحقاقه وهو حرة الأصل فتقبل بينته على ذلك ويرجع عليه بالثمن لكونه خصماً في الرجوع بالثمن بإثبات هذا المعنى . فوجب له حق الرجوع " .

495 قال الشيخ : وليس للمشتري ما هنا خصماً لكونه مدعياً لحرة الأمة كما يكون^(١) خصماً في إثبات حق الأمة ، لأن الأمة ما هنا مدعية العتق والذى هى في يديه إذا ادعى أنها صارت حرة ، ولا يحتاج إلى إقامة البينة فليس إثبات خصومته إلا للرجوع بالثمن . فإن قيل : إن المشتري لما دخل مع البائع في عقد الشراء صار معترفاً بقر الجارية ، فيلغى أن لا تقبل بينته على كونها حرة الأصل كما لا تقبل بينته على كونها ملكاً لويد ، قيل // [١٢٩ ب]

(٤) ساقط من ل .

493 (١) ساقط من ل .

494 (١) الامتناع هنا هل ف ، إذ أن ل مضطربة هنا جداً وغضرة .

495 (١) مزيد هنا في ف ، ل ، ج : الشهود . والمضى يتطلب لفتك هذه الكلمة .

له إن اعترافه بكون المبيع للبائع من جهة الحكم لا يمنع إقاعة البيئة أنها حرة الأصل ، لأنه ليس بصريح الإقرار وإنما هو إقرار من جهة الحكم . ونحن نفرق بين الإقرار من جهة الحكم وبين " صريح الإقرار " . ألا ترى أن المشتري يكون مقراً بكون المبيع ملكاً للبائع بدخوله معه في العقد ، ومع ذلك لو استحقَّ رجوع عليه بالنقن . ولا يكون هذا كإقراره بأن العبد لك فبعضه متى بألف درهم ، فباعه ^(٣) منه ، فيُستحقَّ منه أنه لا يرجع عليه بشئ ، فلذلك افرقا ^(٤) .

مسئلة

490

قال ^(١) { ولو كان المدعى داراً أو ضيعة فإن القاضي يسمع من شهود المدعى شهادتهم على أنه للمدعى إذا وصفوا وحددوا الحدود الأربعة أو الثلاثة كما يُقبل منه في القضاء سواء كانت الدار المدعاة في بلد القاضي المكتوب إليه أو في بلد الذي كتب إليه الكتاب أو في غير هذين البلدين } ، لأن الشهادة لا تقع على عين الدار وإنما تقع على حدودها ، فلا يختلف // [ف ١٠٩] الحكم بكون الدار في أي موضع كانت . { فإن كانت في البلد الذي فيه القاضي المكتوب إليه " أحضر القاضي المكتوب إليه المدعى عليه إذا ورد عليه كتاب القاضي بكون الدار للمدعى ، ويقرأ الكتاب " بحضرة المدعى والمدعى عليه بعدما يسمع من الشهود ما في بطن الكتاب . فإذا قرأ عليهم حينئذ قال للمدعى عليه : هل لك من حجة تدفع بها دعوى المدعى ^(٢) أم لا ؟ فإن أدلى بحجة يدفع بها دعوى المدعى ^(٣) ، وإلا حكم عليه بالدار للمدعى وأمره بتسليمها إليه وأجره عليه إن امتنع من ذلك { كما قلنا في سائر الحقوق .

(٢) ف : الإقرار بالصريح . (٣) ساقط من ف .

(٤) ساقط من ف .

496 (١) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ف .

قال : { فإن كانت الدار في بلد القاضي الذي كتب الكتاب فإن القاضي المكتوب إليه إذا قضى بالدار على المدعى عليه فامتنع المقضى عليه من أن يسلمها إلى المدعى ^(١) أسجل ^(٢) بذلك سجلاً للدهى وكتب الكتاب : أما بعد ، فإن كتابك الذي أنفذته إلى ^(٣) قد وصل إلى ووقفت على ما كان فيه من معارك من شهود المدعى بكون الدار له ^(٤) وبما ثبت لفلان عندك ^(٥) . وإني جمعت بين فلان الطالب وفلان المطلوب وقرأت الكتاب بمحضرتهما بعد أن شهد الشهود وعل الكتاب أنه كتابك إلى وخاتمك ، وسأله ^(٦) أن يأتي بحجة إن كانت له ، فلم يأت بحجة يدفع بها ما ثبت لفلان عليك ، وإني حكمت لفلان // [ل ١٣٠ أ] عليه بذلك وأجملت له سجلاً وأمرت فلاناً بتسليم ذلك إلى فلان والخروج منه إليه ، فدافع بذلك وامتنع من تسليمه إليه ، وذلك قبله . وسألني فلان الكتاب إليك وإعلاى ^(٧) إياك ^(٨) [بقضائي] ^(٩) له على فلان بذلك لتسلم إلى فلان هذه الدار وأمره بدفعها إليه . فاعل في ذلك ، برحمتنا الله وإياك بالذي يحق لله تعالى عليك ، وسلم هذه الدار المحدودة في هذا الكتاب إلى فلان موصل كتابي هذا إليك إن شاء الله تعالى . وإنما وجب هذا لأن القاضي الذي قضى بالدار لا يقدر على تسليم الدار إلى المدعى والدار في عمل غيره ، فلا بد من أن يكتب بذلك الكتاب ، إذ قد وجب عليه قطع الخصومة بينهما ، والخصومة لا تقطع بينهما إلا من هذا الوجه حتى يسلم القاضي ، الذي الدار في عمله ، الدار إلى المدعى .

(١) كذا في الأصل ، ويرادف : سجل .

(٢) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ب .

497 (١) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ل .

(٣) ف : دعوته .

(٤) في الأصل : قضى .

498 باب ما لا ينبغي للقاضي أن يكتب به كتاباً

الأصل في هذا الباب أن ما يسقط بالشبهة لا يكتب القاضي به كتاباً إلى قاض آخر ، وما لا تُسقطه الشبهة يكتب القاضي به الكتاب إلى قاض آخر إذا كان الحق المدعى تصحّ الشهادة عليه مع غيبته ^(١) عن القاضي ، وأصل آخر وهو أن القاضي لا ينبغي له أن يكتب فيما يصح الكتاب به أيضاً إلا في موضع يكون السائل // [ف ١٠٩ ب] للكتاب خصماً فيما يسأله لو كان المدعى عليه حاضراً ^(٢) . فأما إذا لم يكن خصماً لو كان المطلوب حاضراً لم يسمع منه بيته ولا يكتب به الكتاب إلى القاضي . وهذا مثل أن يقول للقاضي : إني اشتريت داراً في بلد كذا وإن شقيعها سلم شفعها لي ، وشهودي ها هنا على تسليمه ، وأست آمن إذا صرت هناك أن يطالبني بالشفعة ، فاسمع من شهودي واكتب لي ذلك ، فإن القاضي لا يسمع منه ذلك ولا يكتب له به لأنه لو كان الشفيع حاضراً ولم يدّع شيئاً فقدمه المشتري إلى القاضي فقال : إني اشتريت داراً وهذا شقيعها وقد سلم لي الشفعة ، ولي عليه بيعة بالتسليم فاسمع منهم ، لم يلتفت القاضي إليه . كذلك لا يجوز أن يكتب له به الكتاب لأن ما لا يجوز سماع الشهادة عليه لا يجوز الكتاب به ، إذ الكتاب إنما هو خطاب بما قد صحّ عند القاضي من سماع البيعة ووجوب حق المدعى على المدعى // [ل ١٣٠ ب] عليه ، فإذا لم يجر سماع البيعة فبأي شيء يكتب الكتاب ؟

499 قال ^(١) : { وكذلك لو ادعى على رجل البراءة فطلب من القاضي الكتاب بذلك وصاحب البراءة لم يدّع عليه شيئاً ، فهو مثل هذا } . ^(٢) وروى

(٢) ساقط من ل .

498 (١) ل . عينه .

499 (٢) ساقط من ل .

عن محمد أنه قال في هذا ^(٢) : يكتب القاضى . ولم يذكر عنه شيء في سائر المسائل من دعوى المرأة طلاق زوجها قبل أن يدعى الزوج نكاحها ، وغيرها من المسائل . ووجه ما ذهب إليه محمد أن حق المطالبة وإن لم يثبت ^(٣) فليس يمنع أن يكتب به الكتاب لثلاث يدعى عليه ، كما قالوا جميعاً : إن المدعى عليه إذا كان غائباً وادعى الطالب عليه ديناً ، فللقاضى أن يسمع من شهوده ويكتب به الكتاب وإن كان المدعى يحرز أن يقر فلا تثبت بينهما خصومة ، ويحرز أن يشكر فيكون بينهما خصومة . وكذلك ما هنا . وإن جاز أن يكون المدعى عليه التسليم والبراءة والطلاق يدعى شيئاً فلا يمنع قبول البيعة عليه . وهذا ساقط لأن مسألة الدين لو كان المدعى عليه حاضراً لكان خصماً للِدعى الدين إلا أن يُسلم حقه إليه . وفي مسألة الشفعة وغيرها لم يكن التضييع خصماً في بيع ما لم يطالب حق الشفعة . فلذلك افترقا . ولو ادهى التسليم ، والزواج أنكر الطلاق ، والمبرى أنكر البراءة في البلد الذى هم فيه ، فللقاضى أن يسمع من شهود خصومهم ويكتب به الكتاب ، لأنهم لو كانوا حضروا لثبت الخصومة بينهما . فكذلك إذا كانوا غائباً ثبتت الخصومة بينهما ، وجاز به قاضى البلد .

500 باب القاضى يرد عليه كتاب من قاضى

ما ينبغي له أن يعمل به // [ف ١١٠ أ]

قال الخصاص : { وإذا ورد على القاضى كتاب قاض يحق على رجل فإنه ينبغي له أن يجمع بين الرجل الذى جاء بالكتاب وبين خصمه ، ثم يدعوه بكتابه والشهود الذين يشهدون على الكتاب ، فإن حضروا فشهدوا أن هذا

(٢) ساقط من د .

(٣) له : يكتب .

كتاب فلان بن فلان قاضى بلد كذا وهذا عاتمه ، فإن أبا حنيفة قال : يسألهم هل قرأ حليكم الكتاب وختمه بحضوركم ؟ فإن شهدوا على ذلك قبله .
 " وإن قالوا لم يقرأه علينا ولكنه ختم الكتاب بحضورتنا ، لم يقبله . وقال أبو يوسف : يقبله // [ل ١٣١ أ] فى ذلك كله " .

501 قال الشيخ : وقول محمد مثل قول أبي حنيفة ، وإنما ينبغي أن يجمع بين المدعى والمدعى عليه فى سماع شهادة الشهود على الكتاب لأن الشهادة يقع بها القضاء فلا تسمع على غير خصم ، وكذا لا تسمع الشهادة على شهادة الأصل على غير خصم . وأما وجوب الشهادة على ما فى الكتاب فى " قول أبي حنيفة ومحمد " وجوازها على عين الكتاب وختمه أنه للقاضى ، على قول أبي يوسف فيما بيننا فيما تقدم .

فصل^(١)

502

قال : { وقال أبو حنيفة . إن كان على عنوان الكتاب : من فلان إلى فلان ، أو : من أبي فلان إلى أبي فلان ، لم يقبله } . ذكر ما هنا عنوان الكتاب ولم يذكر ما فى الكتاب . وقال عن^(٢) محمد بهذا : { إذا لم تكن أساميهم فى الكتاب وإنما هى عنوان الكتاب ، لم أقبل منه } . وهو قولهم^(٣) على ما قال الشيخ . فإذا كان كذلك وجب أن يكون المراد بعنوان الكتاب وما فى بطن الكتاب مكتوب : من فلان إلى فلان ، أو : من أبي فلان إلى أبي فلان .^(٤) إذ المولى على ما فى بطنه . وعنوان الكتاب لو لم يكن

500 (١) ساقط من ف .

501 (١) ل : قولها .

(٢) ساقط من ل .

502 (١) ساقط من ل .

(٣) ل : قولها .

إلا الكتبة^(١) ، أو لم يكن عليه شيء وجب أن يكون مقبولا بعد أن يكون في بطن الكتاب ما يقع به التعريف من الاسم والنسب . فأما إذا لم يكن في الكتاب إلا قوله . من فلان إلى فلان ، أو : من أبي فلان إلى أبي فلان^(٢) أو نسب نفسه إلى أبيه ولم ينسبه إلى جده فإنه لا يجوز إذا لم يقع به التعريف لأن القصد في هذا وقوع تعريف الكاتب^(٣) والمكتوب إليه . والاسم الواحد لا يقع به التعريف ، ولا الكنية ، اللهم إلا أن تكون كنية مشهورة مثل كنية أبي حنيفة^(٤) وأبي يوسف^(٥) واسما مشهوراً إذا ذكر معرف ولم يشبهه بغيره ، فيقبل منه . وكذلك نسبته إلى الأب هل هذا إذا وقع به التعريف قبيل ، مثل علي بن أبي طالب وعمر بن الخطاب : فأما إذا لم يقع به التعريف لم يقبل لأنه لا يدري هل كتب إليه أو لا ، وعن كتب وإلى أين كتب . وليس هذا ككتابه^(٦) : من فلان قاضي بلد كذا إلى قاضي بلد كذا ، أو لم يقل : فلان ، ولكنه إلى قاضي بلد كذا ، إنه يقبل لأن هذا يقع به التعريف . لأن قاضي // [ل ١٣١ ب] ذلك البلد لا يكون إلا واحداً في الأغلب ، فيكون تعريفاً ، لأنه يعلم أن قاضي البصرة كنه إلى قاضي بغداد . فأما إذا لم يذكر^(٧) قاضي كذا^(٨) وإنما قال : من محمد إلى أحمد ، فإنه لا يقع بذلك تعريف ، لأنه لا يدري أراد أحمد القاضي أو أحمد البقال أو أحمد قاضي البصرة أو قاضي بلد آخر . فيكون مجهولاً لا يقع به التعريف ، إذ قد دخل تحت هذا اللفظ القاضي أو غير القاضي وقاضي بلد واحد^(٩) وقاضي سائر البلدان^(١٠) على الانفراد فلا يجوز . وليس هذا // [ف ١١٠ ب] أيضاً

(١) كذا ق ل .

(٥) ساقط من ف .

(٦) ل : الكتابة .

(٧) ساقط من ل .

(٨) ل : لكاته .

(٩) ساقط من ف .

(١٠) ساقط من ل .

ككتابه إلى قضاء المسلمين لأن ذلك مكتوب إلى كل قاض من قضاء المسلمين وهذا لم يكتبه إلا واحد ، وذلك الواحد مجهول ، فذلك اقترفا .

503 قال { وقال أبو يوسف : أقبل هذا إذا شهدت الشهود أنه كتاب فلان ، قاضى بلد كذا إليك } ، لأن من أصله جواز الشهادة على عين الكتاب دون ما فيه ، فلا يحتاج إلى ما في الكتاب متى شهدت الشهود أن هذا الكتاب من قاضى البصرة إليك يا قاضى بغداد . وعند " أبي حنيفة " وعمد لانحوز الشهادة على الكتاب بعينه حتى يشهدوا بما فيه ، فإذا لم يكن ما فيه معروفا تقع الشهادة عليه لم يُقبل ، إذ الشهادة غير مقبولة على المجاهيل .

504 قال : { ولو كتب : من فلان إلى فلان بن فلان ، وفلان المنسوب إليه إنما هو جده ولم يلبس نفسه إلى الأب لم يُقبل } ، لأنه إذا قال : من محمد ابن عبد الله ، وهو محمد بن زيد بن عبد الله " على الحقيقة ، وحكم الكلام إذا ظهر أن يُحمل على الحقيقة ، فلا يحمل على أن المنسوب إليه هو الجد بل يحمل على أنه هو الأب الأدنى الذى هو خرج من صلبه دون الجد . ويجوز أن يكون غيره محمد بن عبد الله ، وأيضاً لا فرق بين أن يلبس نفسه إلى أب واحد وهو الأب الأدنى ، فلا يكون معروفاً بذلك ، وبين أن يلبس نفسه إلى الجد ، فلا يقع به تعريف أيضاً إذا قد نسب نفسه إلى أب واحد في الحالين جميعاً ، وقد قلنا إن الاسمين قد يشبهان في أكثر الأحوال فلا يقع به تعريف حتى يلبس إلى الأب والجد " .

505 قال : { وقال محمد : لو لم يكن في الكتاب - يعنى في داخله - الاسماء والكنى ، وكان فيه هاتقان الله وإياك ، لم يجر ذلك لأن الشهادة إنما

503 (١) ف : أبي يوسف .

504 (١) الإجماع هنا على نب . ومخطوطة له بنفس المني مع بعض تقديم وتأخير .

تقع على ما في الكتاب ، لأنه هو الخطاب المشهود به . فإذا كان [ل١٣٢] المخاطب مجهولاً لم تجز عليه الشهادة .

قال : { ولو كان على عنوان الكتاب اسمائهما وأسماء آبائهما ولم يكن ذلك " داخل الكتاب " لم يجز } لئلا يثبت أن الخطاب ما في الكتاب دون ما على عنوانه ، فيلغى أن يكون نفس الخطاب معلوماً من الخطاب . فإذا جهل ذلك وقعت الشهادة على مجهول ، فلا يجوز .

506 قال : { وإذا شهدت الشهود على الكتاب وعلى غاتم القاضى فهو كتاب صحيح } ، لأنهم شهدوا بما في الكتاب وعلى غاتم أنه من فلان إلى فلان . وهذا أراد به أنهم شهدوا على اسمه ونسبه وأن فلاناً كتبه على حسب ما يثبت من شرائط صحة كتاب القاضى إلى القاضى . قال الشيخ : ولو لم يشهدوا على ختم الكتاب أنه القاضى الكاتب ، جازت الشهادة إذا شهدوا على ما في الكتاب ، لأن الشهادة تقع على ما في الكتاب دون الختم .

507 قال : { وإن كان القاضى يعرف الشهود الذين شهدوا على الكتاب بالمعالة فصّنه بمحضر من الطالب والمطلوب وعمل بما فيه وأنفذه . وإن كان لا يعرفهم بالمعالة لم يفض الكتاب ويكتب المحضر وشهادة الشهود ، ويعمل الكتاب في درج المحضر حتى يسأل عن الشهود . فإن عدلوا عنده ^(١) فوض الكتاب بمحضر من الطالب والمطلوب وحكم بما فيه . وإن لم يعدلوا قال الطالب : زدنى شهوداً على الكتاب } .

^(٢) أما إذا " عرف عدالتهم فإنما يفض الكتاب ويضكه ليعلم صدق

506 (١) ل : في داخله .

507 (٢) ل : ولا .

507 (١) ساقط من ف .

الشهود بما شهدوا به ويقضى بما فيه بعد أن يقرأ على المقتضى عليه ، إذ القضاء يقع بذلك ، فلا بد من فضه وإعلام المقتضى عليه به . فأما إذا لم يعدل الشهود فإنما لم يفضه لأنه لم يثبت عنده أن الكتاب إليه ، إذ لم يقطع بعد على شهادة الشهود بالكتاب وبما فيه ، فلا ينبغي أن يفك الكتاب ما لم يثبت عنده أنه إليه . ولكن يكتب به محضاً على ما جرى من القصة ، ويجعل الكتاب في درجة حتى ينظر في أمر الشهود . فإذا ثبتت عدالتهم فضه وحكم بما فيه . وإن لم تثبت عدالتهم استزاد الشهود من المدعى . فإن أتى لشاهد على عدل فضه وحكم له بما فيه . وإلا لم يحكم له بشيء .

508 قال : { وإن لم يصل الكتاب حتى خرج القاضي الذي كتب الكتاب من القضاء بموت أو عزل أو عي^(١) أو فسق أو غير ذلك لم يقبل الكتاب ، كما أن شهود الأصل متى خرجوا من أن يكونوا من أهل^(٢) [ل ١٣٢ ب] الشهادة بمعنى أو فسق أو غيرهما لم تجز شهادة الشهود على شهادتهما . كذلك هذا { . وأما الموت ففارقت مسئلتا مسألة الشهادة على شهادة الأصل ، فيقبل الشهادة على شهادة شهود الأصل^(٣) وإن مات شهود الأصل ولم يقبل الكتاب إذا مات القاضي الذي كتب . والفرق بينهما أن الموت لا^(٤) يبطل^(٥) حكم الشهادة . ألا ترى أن الشهود لو ماتوا بعد سماع القاضي الشهادة قبل التعديل لم تبطل شهادتهم ويحكم بذلك الشهادة ؟ والموت يُخرج القاضي من القضاء . ألا ترى أن القاضي لو مات بعد ما سمع من الشهود قبل التعديل ينفذ ذلك السماع ، وصار لافرق بين موته وعزله في هذا ؟ فلذلك قلنا إنه لا يجوز أن يقبل الكتاب بعد موته كما لا يقبل بعد العزل . وفارق هذا الشهادة على شهادة الأصل .

(٢) ساقط من ل .

508 (١) ساقط من ف .

509 قال^(١) : { فإن ضاع الكتاب من الرجل قبل أن يوصله إلى القاضى ، وانتقل الخصم من بلده إلى بلد آخر ، فسأل الرجل الذى جاء بالكتاب القاضى المكتوب إليه أن يكتب له إلى القاضى الذى كتب عليه ذلك ليكتب له كتاباً آخر ، أو يكتب هذا القاضى إلى قاضى البلد الذى فيه الخصم ، فليس عليه أن // [ف ١١١ ب] يفعل ذلك { لأن الكتاب المكتوب إليه لم يصل إليه فلم يلزمه حكمه ، فلم يجب عليه أن يكتب إلى القاضى الذى كتب بإعلام ذلك ، ولا إلى غيره ، إذا لم يقف هو على شيء "فما قال الرجل" المدعى ولا شهدت به الشهود فيلزمه من جهة الحكم شيء ، فلا يجب عليه أن يكتب كتاباً لى أحد .

فصل^(٢)

510

{ ولو لم يكن كذلك ولكنه أوصل الكتاب إليه ، وخصمه قد تحوّل إلى بلد آخر ، فسأل أن يسمع من شهوده على ما فى الكتاب "ويكتب له كتاباً بذلك إلى قاضى البلد الذى فيه الخصم ، فإن القاضى يجيبه" إلى ذلك { لأنه قد ثبت عنده الكتاب المكتوب إليه ولزمه حكم ما فيه لو كان المدعى عليه حاضراً . فيبغى أن يكتب بذلك كتاباً كما يكتب القاضى الأول . والمعنى الجامع بينهما لزوم كل واحد منهما الحكم بشهادة المدعى لو كان المدعى عليه حاضراً . وإذا غاب لزمه أن يكتب بذلك كتاباً إلى قاضى بلده . وهذا مقبول كما تُقبل الشهادة على الشهادة على شهادة الأصل .

511 قال : { وإذا أثبت القاضى المكتوب إليه أولاً أن الكتاب كتاب القاضى الذى كتب وأثبت ما فيه عنده ، كتب إلى القاضى الذى سأله الكتاب إليه ونسخ في كتابه كتاب القاضى الذى كتب له به إليه ، وإن شاء حكمه ،

(٢) ف : فما قال الرجل .

509 (١) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ل .

510 (١) ساقط من ل .

وأشهد على كتابه ودفعه إليه { . وإنما وجب نسخ ذلك // [ل ١٣٣] الكتاب في كتابه أو حكاية فيه كما وجب في الشهادة إعادة لفظ شهادة الشهود الذين شهدوا على شهادتهم وشهادة شهود الأصل . كذلك هذا مثله .

512 قال : { وكذلك لو سأل القاضى الأول^(١) أن يسمع من شهوده على حقه ويكتب له إلى قاضى بلد كذا ليكتب له قاضى بلد كذا^(٢) إلى قاضى بلد كذا^(٣) ، فعل ذلك { ، لأنه يجوز أن لا يجد بينة تشهد له على كتاب القاضى الأول من يخرج معه إلى بلد الخصم ، ويجد من يخرج معه من بلد هذا القاضى إلى القاضى المكتوب إليه ومن هناك إلى القاضى الذى فى بلد الخصم . فيفعل ذلك لأن القاضى قد لزمه أن يوصله إلى حقه ، وهو لا يتوصل إلى حقه إلا على هذا الوجه ، فيوصله إلى حقه . وصورة هذا أن يكون المدعى رجلاً من أهل بندگان ، وخصمه بالاهواز ، ومعه قوم من أهل البصرة ، فيقول للقاضى : اسمع من شهودى من أهل بندگان على إثبات حقى على فلان المطلوب واكتب^(٤) لى كتاباً إلى قاضى البصرة ليكتب قاضى البصرة إلى قاضى الاهواز ، لأنى لا أجد بينة تخرج معى من أهل بندگان إلى الاهواز ، وأجد من يخرج من هاهنا إلى البصرة وأجد من يخرج من البصرة إلى الاهواز فإن // [ف ١١٢] القاضى يفعل ذلك . فإذا ورد كتاب قاضى بندگان على قاضى البصرة وسمع من شهوده على الكتاب ، فإذا ثبت ذلك عنده كتب إلى قاضى الاهواز . وينسخ فى كتابه كتاب قاضى بندگان ويحكم عنه^(٥) ما قد كتبه^(٦) . فإذا ورد الكتاب على قاضى الاهواز أحضر الخصم وحكم عليه بما فى الكتاب بعد ما شهدت الشهود بما فيه وهدكوا .

513 قال : { وكذلك لو أن رجلاً أخذ كتاب قاضى الكوفة إلى قاضى

(٢) ساقط من ل .

(٤) ساقط من ف .

512 (١) ف : المولى .

(٣) ف : ويكتب .

فارس في حق له ، فلما صار إلى البصرة مرض شهوده الذين شهدوا له على كتاب قاضى الكوفة ، واشهدوا له على شهادتهم [وأوقوا]^(١) الشهود الذين أشهدوهم على الكتاب وعلى الخاتم وقالوا لهم : هذا كتاب فلان بن فلان قاضى الكوفة إلى فلان بن فلان قاضى فارس ، فأتى بالكتاب إلى قاضى فارس ، وشهد هؤلاء الشهود على شهادة أولئك الشهود ، فإن قاضى فارس "يلبى له أن يقبل" شهادة هؤلاء الشهود على شهادة أولئك الذين شهدوا على شهادة الكتاب وينفذه { ، لأن الشهادة على الشهادة في كتاب القاضى إلى القاضى جائزة كما يجوز في سائر الحقوق^(٢) التي لا تستقطعها الشبهة^(٣) . وكذلك لو لم يمرضوا ولكن بدا لهم أن [لا]^(٤) يأتوا إلى فارس فأشهدوا // [ل ١٣٣ ب] على شهادتهم قوماً آخرين جاز ذلك لأن الشهادة على الشهادة تجوز عندهم إذا كان بين شهود الأصل وبين القاضى سفر أو مرض ، لأن ذلك عنده^(٥) في حمل^(٦) الشهادة إلى عند القاضى ، فيُشهِدون على شهادتهم قوماً آخرين عند تعذر حمل الشهادة إلى عند القاضى .

514 قال : { ولو أن الطالب قال لقاضى الكوفة : إن لى على رجل يقال له فلان بن فلان الفلانى كذا وكذا درهماً ، وقد قيل لى إنه بالبصرة ، ولى عليه بيعة ، فاسمع من شهودى عليه واكتب لى إلى قاضى البصرة ، فإن كان حاضراً^(١) بها وإلا كتب إلى قاضى فارس ، فإنه يفعل ذلك ليتوصل به إلى حقه . ويكتب قاضى الكوفة بأن فلان بن فلان الفلانى ادعى على فلان بن فلان الفلانى

513 (١) ل : لى : ووقف . وفى ف ، ج : ووقفوا .

(٢) ساقط من ل . (٣) ساقط من ل .

(٤) الأصل بدون هـ ، ولكن لا يستعمل المعنى بدوئه .

(٥) ف : يجوز (٦) ف : حمل .

514 (١) ل : خصمى .

كذا وكذا درهماً وأقام على ذلك بيته عدولاً عندي ، فإن كان خصمه فلان هناك بالبصرة قضيت له بذلك على ما يوجه^(١) الحكم ، وإن كان خارجاً إلى فارس كتبت له كتاباً إلى قاضي فارس بذلك . فإذا ورد الكتاب إلى قاضي البصرة حكم له بذلك إن كان خصمه هناك ، وإلا كتب له به { على حسب ما ينسأ ونسخ الكتاب إلى قاضي فارس .

515 قال : { وكذلك لو قال لقاضي الكوفة : اكتب لي إلى قاضي فارس أو إلى قاضي البصرة ويكون في كتابك : من فلان بن فلان إلى فلان بن فلان قاضي البصرة // [ف ١١٢ ب] أو إلى فلان بن فلان قاضي فارس ، فإن أصبتُ خصمي بالبصرة دفعت الكتاب إلى قاضي البصرة ، وإن لم أجده مضيت بالكتاب إلى قاضي فارس ، فإن القاضي يقبل ذلك منه ويكتب له على ما سألت { ، لأن هذا ليس على وجه الشك : إلى ذا أو ذا ، وإنما هو على وجه التأكيد ، أي أيهما قدرت عليه وتوصلت من جهته إلى حق دفعت إليه الكتاب^(٢) . "وهذا جائز كما يجوز لو كتب : إلى من ورد عليه كتابي هذا من قضاة المسلمين ، كان ذلك جائزاً ، كذلك هذا . وذكر الخفاف في هذه المسئلة أنه يعمل [بها]^(٣) على قول أبي يوسف . ولم يزل إلى غيره . ويجب أن يكون قولهم جميعاً كما قالوا جميعاً في هذه المسئلة التي استشهدنا بها .

516 قال : { ولو كان القاضي الذي ورد عليه الكتاب أحضر المطلوب والمطالب ، وشهدت الشهود على ما في الكتاب ، وفض الكتاب وقرأ على الخصم ، ولم يحكم عليه بما فيه حتى غاب الخصم المطلوب^(١) إلى بلد آخر ،

(٢) ل : يوصله .

(٢) ساقط من ل .

515 (١) ساقط من ف .

(٣) في الأصل : به .

فسأل القاضى أن يكتب إلى قاضى البلد الذى فيه الخصم ، فإن أبى يوسف قال : لا يكتب له بذلك ، ولكنه ينصب له وكيلًا ويحكم عليه . وقال محمد : يكتب له بذلك إلى قاضى البلد الذى فيه // [ل ١٣٤ أ] الخصم .

517 قال الشيخ : والمشهور من قولهم جميعاً ما قال محمد . وهذه المسئلة مبينة على أن القاضى إذا سمع من شهود المدعى على المدعى عليه ثم غاب المدعى عليه ، إن القاضى لا يحكم عليه حتى يحضر . وروى عن أبى يوسف أنه ينصب له وكيلًا ويحكم عليه . والمشهور من قوله أيضاً ما قال محمد . وذلك أن القضاء أكد من السماع لأن السماع إنما يحتاج إليه للقضاء ، فلما لم يحضر عند الجميع سماع الشهود على غير خصم كان القضاء أحرى أنه لا يجوز على غير خصم . ووجه الرواية عن أبى يوسف أن السماع قد وقع على خصم ، ولو كانت له حجة كان قد أتى بها ، والخصم إنما يحتاج إليه فى القضاء لكن إن كانت له حجة أتى بها . وكذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم "لعلّ رضى الله عنه" ولا تحمكن لأحد الخصمين حتى "تسمع من الآخر" . فإذا سمع بمحضرة الخصم لم يحتاج فى القضاء إلى حضور الخصم . والجواب عن هذا ما ذكرناه من كون حال القضاء أكد من حال السماع ، وكما احتيج إلى حضور الخصم فى حال السماع احتيج إليه فى حال القضاء . وقول النبى صلى الله عليه وسلم لعلّ رضى الله عنه يدل على صحة هذا دون ما قال أبو يوسف لأنه قال : لا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر ، فيمنع من أن يقضى لأحدهما إلا "والآخر بمحضرة يسمع ما يقضى عليه من الحق . فإذا كان كذلك قلنا

516 (١) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ل .

517 (١) ساقط من ف .

(٣) مسند أحمد بن حنبل ج ١ ، ص ٩٠ : « إذا تقدم إليك خصيان فلا تسمع كلام الأول حتى تسمع كلام الآخر فترى كيف تفتنى » .

(٤) ساقط من ف .

في مسئلتنا : إن القاضى لما سمع من شهود المدعى على كتاب القاضى فلم يقض //

[ف ١١٣ أ] حتى غاب المدعى عليه ، فإنه لا يبنى له أن يحكم عليه وهو غائب ، ولكن يكتب للدعى بذلك كتاباً . وعلى رواية أبى يوسف يحكم بذلك للبدعى إلا أنه ينصب وكيلًا للطلوب حتى يقع القضاء عليه .

518 قال : { ولو كان الكتاب ورد على القاضى المكتوب إليه ، والمطلوب قد مات ، فإن القاضى يحضر الوارث أو وصيه ويقضى عليه بذلك } . وذكر الخصاف أنه إن كان تاريخ الكتاب بعد موت المطلوب . قال الشيخ : يبنى أن لا يفترق الحال بين أن يكون تاريخ الكتاب قبل موته أو بعد موته ، لأنه لو كتب الكتاب والمطلوب حي ثم مات كان الوارث يقوم مقامه أو الوصى ، كما يقوم مقامه في سائر الخصومات ، وإن كان كتب وهو ميت فهو مثل هذا . وهذا إل المنع أقرب // [ل ١٣٤ ب] من الباب الأول لأن الكتاب ها هنا كتب والمطلوب ميت فصار المذكور في الكتاب ليس بنصم في حال الكتابة ؛ فكأنه سمى غير خصم ، فيبنى أن لا يقبل . وفي الباب الأول ، المذكور في الكتاب كان خصماً في حال الكتابة ، وإذا مات هو قام الوارث أو الوصى مقامه ، فلا تبطل الخصومة .

519 قال : { ولا يبنى للقاضى المكتوب إليه أن يحكم بالكتاب بخلاف ما عنده من الحكم } ، كما لا يجوز له أن يحكم بخلاف " ما يرى " من الحكم في سائر الأحكام . كذلك ها هنا لأنه يصير قاضياً بما يرى أنه باطل والقضاء بالباطل لا يجوز .

520 قال : { وإن كان على اسم الخصم أو من قبيلته المنسوب إليها أو من

أهل صناعته أو تجارته غيره ، لم يقبل الكتاب حتى يقيم المدعى البينة أنه هو الخصم فيما يدعيه { لأن القاضي لا يدرى من المراد بالذكر في هذا الكتاب ، هل هو الذي يدعي الخصم أو غيره . وقول الخصم غير مقبول على المطلوب ^(١) . وإذا قامت البينة على أن المطلوب هو الذي ادعى عليه المدعى قُبِلَت بيئته وصار خصما ، لأن المدعى خصم في إثبات المطالبة عليه إذا لم يكن التوصل إلى حقه إلا بهذا الوجه ، فعصار خصما في أن هذا هو فلان بن فلان الذي كتب فيه الكتاب .

521 قال : { وإن لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة غيره بهذا الاسم والسبب أنفذ القاضي الحكم عليه { لأنه قد صار معروفا عند القاضي أنه هو المكتوب في أمره والمطلوب بحق الطالب .

قال : { فإن قال المطلوب : أنا أقيم البينة على أنه كان في هذه القبيلة أو في الصناعة ^(١) رجل آخر على اسمي وأنه قد مات ، فإن القاضي لا يلتفت إلى بيئته ؛ لأن الحال يكذبه إذ لم يكن هناك أحد على اسمه ، وهو ليس بخصم على إثبات نسب الغير إذ ليس بينه وبين الغير حق ولا طلب . ولا يشبه هذا في إثبات نسب // [ف ١١٣ ب] الميت واسمه الطالب ^(٢) في إثبات نسبه هو واسمه وأنه هو الذي كُتِبَ فيه الكتاب ، لأن المطلوب خصم للطالب فيبني أن يُبين للقاضي أنه هو المطلوب ، فلذلك كان خصما في إثبات اسمه ونسبه . وأما الميت فليس بينه وبين المطلوب حق ولا مُطلبة ، فلا يكون المطلوب خصما في إثبات نسبه وهو ميت . وأما إذا كان حيا فللمطلوب أن يبين للقاضي أن فلانا هو على // [ل ١٣٥ أ] اسمه ونسبه ويسقط عن نفسه الخصومة . ولا يشبه كونه حيا كونه ميتا في قبول بينة المطلوب على اسمه ونسبه ، ^(٣) قال رحمه

520 (١) ف : الخصم .

521 (١) ل : النجبة .

(٢) ف : كالتالي .

الله^٢، من قبل أنه إذا كان ميتاً فيجوز أن يكون في إثبات نسبة سقوط الخصومة، ويجوز أن لا يكون في ذلك سقوط الخصومة، إذ قد يجوز أن يكون موته قبل أن كتب القاضي الكتاب، وإذا كان كذلك لم يكن في إثبات نسبة إسقاط الخصومة لأن الخصومة لا تسقط إلا أن يعلم أن القاضي كتب الكتاب وهناك من يوافق اسمه اسم المطلوب. فأما إذا لم يكن هناك من يوافق اسمه اسم المطلوب وإنما كان قبل ذلك وقد مات لم تسقط الخصومة، لأن الكتاب وقع على خصم معلوم في حال الكتابة. فإذا كان كذلك ولم يكن في إثبات المطلوب نسب من يوافق نسبته إسقاط الخصومة على كل وجه، لم يكن خصماً في إثبات اسمه ونسبه. وأما إذا كان حياً فإن في إثبات اسم من يوافق اسمه إسقاط الخصومة على كل وجه، لأن فيه إثبات اسم آخر على اسم المطلوب في حال كتابة القاضي الكتاب. وفي إثبات هذا إسقاط الخصومة لأن المكتوب فيه يكون مجهولاً، فلذلك قبلنا يئنه على اسم من يوافق اسمه لو كان حياً ولم نقبلها إذا كان ميتاً.

٥٢٢ قال: { ولا أنظر في حال من قد مات إلا أن يكون موته بعد تاريخ شهادة الشهود بالحق الذي في كتاب القاضي. وإن كان موته بعد التاريخ نظرت فيما جاء به الكتاب، وأبطلت الكتاب حتى ينسب الحق إلى شيء أعرف أنه هو، وإن كان ذلك الرجل الذي على هذا الاسم والنسب قد مات قبل ذلك بزمان^١ } ودهر أفنذت الكتاب على هذا الحى { . وذلك لأن موته إذا كان بعد تاريخ الشهادة على ما في الكتاب فإن كتاب القاضي وقع وهناك من يوافق اسمه اسم المطلوب، فلا يندى هل المذكور في الكتاب هو الميت أو هذا الباقي إذ كانا جميعاً موجودين في حال كنه الكتاب. فلذلك لم تقبل الشهادة على ما في الكتاب إذا كانت الصورة كذلك. وأما إذا كان المسمى باسم

(٢) ساقط من ل.

٥٢٢ (١) ل: يوين.

المطلوب ميتاً في حال ما كتب القاضى الكتاب ، فإننا نعلم أن [ف ١١٤ أ]
المراد بالذكور في الكتاب هو الموجود في حال كتابة الكتاب وهو //
[ل ١٣٥ ب] المطلوب الذى ادعى المدعى الحق عليه . فلذلك قبلت بيئته
على ما في الكتاب على هذا المطلوب ما هنا ، ولم تقبل في الفصل الأول .

523 قال : { ولو كان الكتاب على فلان بن فلان البصرى أو النيمى
أو الحمداني لا يقع به تعريف فلا يقبل منه "حتى يسب إلى الفخذ { لأن
نسبته إلى البصرة وتيمم وهذان لا يقع به تعريف ، فلا يقبل منه ذلك" .

524 قال : { ولو قال المطلوب : فلان بن فلان الفلاني أنا ، وليس لهذا
على شيء ، لم أقبل ذلك منه ويكون هو الخصم دون غيره { لأنه قد اعترف
أن الذى كتب فيه القاضى هو هو وقد أقيمت البيئـة على كونه مطلوباً عند
القاضى الذى كتب ، فلا يخرج " من الخصومة بإنكاره أنه ليس على شيء .

525 { وإن قال : لست أنا فلان بن فلان الفلاني ، والقاضى المكتوب
إليه لا يعرفه ، فإن على الطالب أن يقيم البيئـة على اسمه ونسبه أنه هو المذكور
في كتاب القاضى { ، لأنه خصم في إثبات الخصومة عليه ولا تثبت الخصومة
عليه إلا بإثبات اسمه ونسبه موافقاً لما كتب القاضى .

526 قال : { ولو أن القاضى لم يأت كتاب القاضى ولكن أتته رسالة من
القاضى مع رجل يمثل ما يكون في الكتاب ، وأشهد على ذلك شاهدين ، لم
يقبل القاضى هذه الرسالة { . قال الشيخ ، رحمه الله : لأن الرسول لا يمكنه
أن يعبر عن المرسل إلا على وجه الحكاية والرسالة ، ولا يكون ذلك على

523 (١) ساطع من ل .

524 (١) ل : يجرى .

وجه الخطاب . وخطاب القاضى إذا لم يكن على وجه الخطاب لم يُقبل . كذلك الرسالة إذا لم تقع إلا^(١) على وجه الحكاية - والرسالة دون الخطاب - لم يُقبل . أو لا ترى أن خطاب الكتاب يكون : من زيد بن عبد الله بن خالد قاضى بغداد ، أما بعدُ فإن فلان بن فلان الفلانى - يعنى المدعى - ادعى على فلان بن فلان الفلانى - يعنى المطلوب - كذا وكذا درهماً ، وقد أقام على ذلك بيّنة هندى ، وهم عدول ، وسمعتُ شهادتهم وحكمتُ بالمال^(٢) وسألنى^(٣) كتاباً إليك أن تحضر خصمه فلان بن فلان الفلانى وتحكم عليه بما يوجب له الحكم ، أو نحو ذلك على ما يوجب له الحكم . فيكون المكتوب فى الكتاب كله خطاباً من الكاتب إلى المكتوب إليه . وليس كذلك الرسالة ، لأن الرسول لا يقدر أن يقول : أما بعد ، فإن فلان ادعى على فلان كذا وكذا درهماً ، وأقام عندى البيّنة وسمعتُ شهادتهم وعدّلتهم ، لأن هذا يكون إضافة إلى الرسول دون المرسل . والرسول لم يسمع من الشهادة شيئاً^(٤) ولا عدلُ الشهود ولا ارتفع إليه // [ل ١٣٦ أ] المدعى ، فكيف يضيف ذلك إلى نفسه وهو كاذب فيه ؟ فلا بد من أن يُضيفه // [ف ١١٤ ب] إلى القاضى . فإذا أضافه إلى القاضى لم يكن خطاباً وإنما يكون حكاية عنه ، كأنه قال : يقول القاضى فلان بن فلان كذا وكذا . والحكاية لا يجوز أن يُعمل عليها كما لا يجوز أن يُعمل عليها فى الكتاب . فلذلك لا تُقبل الرسالة . وأيضاً فإننا قد جعلنا الأصل فى جواز الكتاب إلى القاضى الشهادة على الشهادة والشهادة على الشهادة لا تصح على وجه الحكاية . كذلك الرسالة إذا لم تقع^(٥) على وجه المخاطبة^(٦) لم تُقبل .

527 قال : { وكذلك لو أن القاضيين التقيا فى عمل أحدهما أو فى مصر ليس من عملهما فقال له : قد ثبت عندى لفلان بن فلان الفلانى على فلان بن

526 (١) ساقط من ف .

(٢) ف : وسأل منى .

(٣) ساقط من ف .

(٤) ف : إلا على وجه الحكاية .

فلان الفلاني كذا وكذا ، فاعمل في ذلك بما يحق لله تعالى عليك ، لم يقبل ذلك منه ولم يُنفذه { من قبل أن قضاء هذا لا ينفذ في عمل القاضى المكتوب إليه فقولهُ أيضاً غير مقبول على غيره . وليس هذا مثل الكتاب لأن الكتاب بمنزلة خطاب القاضى في موضعه الذى ينفذ [في] عمله وقوله هناك مقبول على المدعى عليه ، كذلك كتابه يقبل على خطابيه .

528 قال : { ولا يلغى للقاضى أن يقبل الشهادة في غير بلده الذى هو قاض عليه } ، لأن الشهادة لا يثبت لها حكم إلا من جهة القضاء ، فصار نفس الشهادة من الحكم ، فلا يجوز قبولها في الموضع الذى لا يجوز حكمه فيه ، كما لا يجوز سائر أحكامه .

529 قال : { وإن عزل القاضى الذى كتب الكتاب أو مات (١) بعد ما وصل الكتاب إلى القاضى المكتوب إليه وقرأ ما فيه أنفذه وأمنه . ولو فسق أو همى أو صار بحال لا يجوز حكمه [فيه] من ذهاب عقل (٢) بعد وصول الكتاب والقراءة لما فيه قبل إنفاذ القضاء ، فإن القاضى لا ينفذه { والفرق بين العزل والموت وبين هذا أن العزل والموت ليس هو قدحاً في القاضى فيخرجه من أهل (٣) القضاء . ألا ترى أن الشهود إذا ماتوا بعد الشهادة قبل الحكم لم تبطل الشهادة وأنفذ القضاء بها ، ولو فسقوا أو هموا أو صاروا إلى حال لا يجوز شهادتهم بطلت تلك الشهادة المسموعة ؟ وكذلك الكتاب إذا صار القاضى إلى حال لا يجوز قضاؤه بطل حكمه . وأما في العزل والموت فإن حكم الكتاب باق كما يبق حكم الشهادة مع موت الشاهد . وقول أبى // [ل ١٣٦ ب] يوسف في هذا كله مثل قول أبى حنيفة (٤) إلا فى العمى (٥) : قال أبو يوسف : إذا عمى القاضى لا يبطل حكم الكتاب الذى كتب إن كان

(٢) ساقط من ل .

529 (١) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ل .

القاضي المكتوب إليه قد قرأه قبل ذلك . وكذا قال في الشهادة : إن الشهود إذا كانوا أحماء عند تحمل // [ف ١١٥ أ] الشهادة ثم عموا جاز أدله شهادتهم مع العنى . كذلك إذا عموا بعد سماع القاضي شهادتهم أنفذ القاضي تلك الشهادة . كذلك الكتاب إذا قرأه القاضي المكتوب إليه ثم عمى القاضي الذى كتب لم يطل حكمه وينفذه .

فصل^(١)

530

قال : { ولا يقبل كتاب حامل ولا قاضى رستاق ولا قرية ، إلا قاضى مصر من الأمصار أو مدينة فيها منبر وكتاب الخليفة } . والاصل في هذا أنه لا يقبل الكتاب إلا من^(٢) يجوز له سماع الشهادة من الشهود ويجوز حكمه كما يجوز حكم القضاء ، لأن الكتاب يكون على جهة الحكم ، كما تكون^(٣) الشهادة من جهة الحكم^(٤) . فليس هذا كالشهادة على الشهادة ، لأن الإشهاد على شهادة الأصل صحيح ، لأن الإشهاد لا يتعلق به حكم ، وإنما هو بمنزلة صاحب الحق إذا قال : اشهدوا أن فلاناً له قبل كذا وكذا ، فلا يتعلق بموت^(٥) هذا بالقضاء ، كذلك الإشهاد . وأما الكتاب فلا يثبت حكمه إلا من جهة الحكم كنفس سماع الشهادة على الحق . فلذلك افترقا . فإذا ثبت أن الكتاب يثبت حكمه من جهة القضاء لم يقبل إلا من يجوز قضاؤه ، كما لا يثبت حكم سماع الشهادة إلا من يجوز قضاؤه في موضع السماع . والعامل وقاضى رستاق أو قرية لا يجوز قضاؤه ، لأن الأحكام التى تتعلق بالقضاء من صحة العقود وفسخها ، ومن إثبات حقوق بنى آدم بعضهم لبعض ، ومن

530 (١) ساقط من ل .

(٢) ف : من .

(٣) ف ، ج : يجوز .

(٤) يوجد هنا كلمة تصب قراءتها . في ل : يثبت . وفي ف : مس . وفي ج : يثبت .

(٥) كذلك الأصل .

الحدود وغير ذلك لا يُقام إلا عند قضاء الأمصار . فذلك لم يُقبل الكتاب إلا منهم . وأما الخليفة ووالى مصر فإنه يملك الأحكام ، فذلك جاز كتابه إلى القضاة .

581 قال^(١) : { وإن كتب القاضى إلى الأمير الذى استعمله وهو معه فى مصر : أصلح الله الأمير ، ثم فض^(٢) القصة وبعث بها مع ثقة ، ولم يُشهد على الكتاب فإن محمد بن الحسن قال : استحسَن أن ينفذه ، وإن كان فى مصر آخر لم ينفذه حتى يكتب اسم الأمير واسم أبيه واسم القاضى واسم أبيه } . أما ترك التسمية فإنه لم يكن هناك غير الأمير المكتوب إليه وغير القاضى الذى كتب ، فالتعريف يقع بقوله : الأمير ، والقاضى . فلا يحتاج إلى ذكر الاسم والنسب استحساناً . وأما فى بلد آخر فإن القاضى الذى يكتب لا يكون معروفاً // [ل ١٣٧ أ] بقوله : القاضى . ولا الأمير المكتوب إليه يُعرف أنه هو المراد بالكتاب إذ ليس يختص هذا الأمير بالكتاب إليه دون غيره من سائر الأمراء أو القاضى الذى كتب إليه يختص بالكتاب منه دون سائر القضاة . فلا يقع به تعريف حتى يلسب القاضى // [ف ١١٥ ب] الأمير إلى البلدة^(٣) التى هو واليها ويلسب نفسه إلى البلدة التى هو قاضيا^(٤) أو ما يقوم مقامه مما يقع به التعريف . وأما ترك الإشهاد عليه فهو استحسان أيضاً ، والقياس أنه لا يُقبل كما لا يُقبل الشهادة على القضاة إلا بشهادة شاهدين . ووجه الاستحسان عمل السلف من وقت^(٥) التى عليه السلام إلى يومنا هذا . كان الخلفاء يكتبون إلى القضاة ، وعمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يكتب إلى أبى موسى وشرح^(٦) ولم يكن يُشهد على الكتاب لزوال

581 (١) ساقط من ل . (٢) ف ، ج : الفضى .

(٣) ل : التى ما والبيان فيه . (٤) ل : ابن .

(٥) أى أبى موسى الأشعرى المرقوم سنة ٨٤٤ هـ ، وشرح القاضى القوي سنة ٢٨٠ هـ .

الزئمة والافتعال^(١) عنه . كذلك ما هنا . إذا كان الأمير أمير مصره الذى فيها القاضى استحسن أن يجيزه لزوال الزئمة والافتعال عنه .

532 قال : { ولو انكسر خاتم القاضى الذى على الكتاب وعليه خوانيم اليهود فإن القاضى يقبله } من قبل أن الحتم لا يتعلق به حكم إذ الإشهاد إنما يقع على ما فى الكتاب ، وإنما يُعتم احترازاً من الافتعال وثوقته لما فى الكتاب .

قال : { وكذلك لو كان الكتاب منشوراً فى أسفله خاتم فإن القاضى يقبله إذا شهدت اليهود عليه وأنه قرأه عليهم } لأن الشهادة قد وقعت على ما فى الكتاب ، فوجد الحتم فى أسفله أو فى أوله وعدمه سواء فى باب إنفاذ الحكم . وذكر الخصاص أن هذا قول أبى يوسف ، وليس ينبغي أن يكون قوله وحده ، اللهم إلا أن يريد به أن اليهود لم يشهدوا على ما فى الكتاب وإنما شهدوا على عين الكتاب أنه من القاضى الذى كتب إلى هذا القاضى . فإن كان مراده هذا فهو صحيح وهو قول أبى يوسف وحده . إلا أن الظاهر يمنع حمله على هذا الوجه ، لأنه قد شهدت اليهود عليه وأنه قرأه عليهم ، فقد شهدوا على ما فى الكتاب ، فلا معنى لتخصيصه بقول أبى يوسف دون غيره .

533 قال : { ولو أن المطلوب طعن عند القاضى فى القاضى الذى كتب الكتاب أو فى اليهود الذين شهدوا عليه بالحق عند القاضى الذى كتب الكتاب وقال للقاضى : أنا آتيك بما أوضح^(٢) هذا // [ل ١٣٧ ب] عندك أو قال له : سل عن ذلك فإنك تجده على ما قلت لك ، وقاله فيهم ما يسقط عدالتهم ، فإن جاء بشهود فشهدوا أن اليهود الذين شهدوا عند القاضى عليه

(١) ل : الأفعال .

(٢) ل : أوضح .

بالحق عبيد أو محدودون في قذف أو من أهل الذمة، أو أقام على رجل منهم ذلك - يعني من الشهود أو من القاضي - فإن في هذا شبهة^(٢). قال الشيخ: وهذا قد سقط عنه الجواب، ويريد به أن الشهادة على هذا تُقبل ولا يحكم على [ف ١١٦ أ] المطلوب بهذا الكتاب لأنه قد أتى بما يوجب بطلان شهادة الشهود الذين شهدوا عليه بالحق إن كان الطعن في الشهود، وإن كان في القاضي فقد ثبت أنه ليس من أهل القضاء، فلا يجوز قبول كتابه^(٣). والله أعلم بالصواب^(٤).

534 باب الرجل الذي يريد أن يثبت وصية

قال^(١) أبو بكر^(٢) الخصاص: { وقال أبو حنيفة: لو أن رجلاً شهد على صك لم يقرأه ولم يُقرأ عليه، أو على وصية لم يقرأها ولم تُقرأ عليه، أو على كتاب قاض عتوم لم يقرأه ولم يُقرأ عليه، فإن ذلك لا يجوز. وقال أبو يوسف: أما كتاب القاضي لجائز { . وقد بينا وجه قول أبي حنيفة ومحمد^(٣) فيما تقدم أن الشهادة على الكتاب لا تصح حتى يشهدوا على ما في بطن الكتاب وهو القياس، أيضاً لأن الشهادة على المجاميل غير جائزة عند الجميع. واستدلنا على صحة منذهب أبي حنيفة بما ذكرنا من الصك والوصية لأن هذا لم يختلفوا في بطلان الشهادة إذا لم تقع على ما في بطن الكتاب. والمعنى في ذلك أنها واقعة على مجهول. وقد قلنا إن^(٤) أبا يوسف فرق بين كتاب القاضي وبين الصك إذا كان الصك على وجه الحكاية. فأما إذا كان على وجه

(٢) ف، ج: سبه. ومزيد هنا في ف، ج: كلما كان في الأصل الذي درس فيه على الشيخ ثم ذكر الشيخ أنه قد سقط عنه الجواب.

(٣) في ل فقط.

(٤) ساقط من ف.

534 (١) ف، ج: فقط.

(٢) ساقط من ل.

الخطاب والرسالة فهو مثل كتاب القاضى . وبينما الفرق بين ما يكون على وجه الحكاية وبين ما يكون على وجه الخطاب على قوله إن الخطاب يتعلق به وجوب الحق ، والحكاية لا يتعلق بها شيء . قال أبو يوسف : ألا ترى أن القاضى يميز كتاب الخليفة بغير بيعة وأن الخليفة يميز كتاب القاضى إليه ؟ وكذلك كتاب القضاة بغير بيعة . وهذا قولهم جميعاً وهو استحسان .^(١) فيكون الكتاب مفارقاً للصك والوصية^(٢) لأنه قد يقبل بغير بيعة . وكذلك إذا شهدت الشهود على عين الكتاب ، فإنه يجب أن يُقبَل وإن لم يشهدوا على ما فى بطئه ، إلا أن هذا سامع فيما يشترط فيه الشهادة . فأما الكتاب الذى يشترط فى صحة قبوله الشهادة فقد جرى مجرى سائر الحقوق فى أنه لا يثبت إلا بشهادة شاهدين [و] يجب أن يجرى مجرى سائر الحقوق فى أن الشهادة لا تصح //

[ل ١٣٨ أ] إلا على معلوم وأما كتاب الخليفة وكتب القضاة إلى الخليفة فإنما قبلت بغير بيعة استحساناً ، لما روى عن السلف أنهم كانوا يقبلونها بغير بيعة . روى ذلك عن حمرو على وغيرهما من الصحابة والتابعين . ولأن كتب الخليفة إلى القضاة وكتب القضاة //

[ف ١١٦ ب] إليه أنفى^(٣) للثمة والافتعال من كتب القضاة بعضهم إلى بعض ، لأنه ليس كل أحد يحسن أن يفتعل على الخليفة . فذلك قبلت بغير بيعة . وأما كتب القضاة بعضهم إلى بعض فلا يجوز أن تقبل بغير بيعة لأنها لو قبلت بغير بيعة لا نفع علينا من الافتعال والخذاع ما يوجب رفع الأحكام . وهذا لا يجوز .

٥٣٦ قال : { وقال أبو حنيفة : وإن كتب الصك والوصية بخطه قدّم الشهود فإن الشهود يسمحون أن يشهدوا على ذلك إذا قال لهم : أشهدوا عليه وقد نعرف ما كتب . وكذلك قال أبو يوسف { لأن المكتوب فى الكتاب لا يحظر من أن يكون على وجه الخطاب أو الحكاية . فإن كان على وجه

(١) ف : وبينه أبو يوسف بهذا أن الكتاب لا يجرى مجرى الصك والوصية .

(٢) ل : أبعد من .

الخطاب^(١) فإذا قال : أشهدوا على هذا ، فكأنه خاطب بذلك وقال : أشهدوا على . فجاز لهم أن يشهدوا عليه بذلك وإن كان على وجه الحكاية فإن الحكاية وإن لم يتعلق بنفس الحكاية شيء ، فإن قول أشهدوا على هذا قد لزمه بالحق . فجاز لهم أن يشهدوا عليه بذلك . " ألا ترى " أن زيدا لو حكى عن عمرو أنه قال لعبد الله : على ألف درهم ، وعمرو حاضر ، فقال عمرو : أشهدوا على بهذا الذي^(٢) قال ، كانت الألف لازمة له وإن كانت حكاية زيد لم يتعلق بها وجوب شيء ، على عمرو ؟ وكذلك ما ذكرنا مثله . وهذا إذا كان الشهود قد عرفوا ما في الكتاب ، فأما إذا كانوا أميين لا يقرأون وكتب الوصية أو الصك بمحضرتهم ثم قال : أشهدوا على بما في هذه الوصية ، أو بما في هذا الصك ، لم يسمهم أن يشهدوا على ذلك لأنهم لا يدرون ما في الكتاب . فقولوه : أشهدوا على بما في هذا الكتاب لا يوجب عليهم بما فيه ، ولا يخرجهم ذلك من أن تكون الشهادة واقعة على مجهول فلا تجوز .

مسألة^(٣)

536

{ وإذا تقدم الرجل إلى القاضي فادعى عنده أن رجلا أوصى إليه ، وذكر أن له البينة على ذلك وأراد إثبات الوصية فإن القاضي [لـ ١٢٨ ب] لا يسمع من شهوده إلا بمحضرة من الخصم ، والخصم في ذلك الوارث ، أو رجل البيت قبله حق أو رجل له قبل الميت حق ، أو رجل أوصى له الميت بوصية . فإن حضر واحد من هؤلاء سمع من شهوده بمحضرتهم وانفردا له إن كان الشهود عدلا . وإن لم يكن القاضي يرفهم ، فإذا عُدُّوا أنفذ له الوصية إن كان موضعاً لها { . والأصل في هذا أن الشهادة لا تقبل إلا على خصم ، والموصى [له]^(٤) ما هنا مدع

(٢) ساقط من ل .

535 (١) ل : الحكاية .

(٣) ل : الدين .

536 (١) ف : فصل .

(٢) ف : الوصي وكل الجملة ساقطة من ج .

إثبات الوصية . فإن كان هناك خصم^(٣) قبلت بيئته — والوارث خصم^(٤) [ف ١١٧ أ] من الميث في إثبات الوصية ونفيها — لجاز أن تقبل بيئته الوصي^(٥) عليه .

وكذلك الرجل الذي عليه حق للميث لأن الوصي يدعى عليه حق قبض الدين منه بوصية الميث ، فصار خصماً في قبول البيئته عليه . وكذلك الرجل الذي له حق على الميث يكون خصماً لأنه لو أنكر الوصي وصيته كان الطالب خصماً في إثبات وصيته . وكذلك لو أنكر الطالب وادعى الوصي الوصية كان الطالب خصماً^(٥) مع الوصي لأن الوصي يدعى أنه هو المتصرف في مال الميث^(٦) . وكذلك الموصي له يكون خصماً لأن الوصي يدعى أنه هو المتصرف في مال الميث ، وأن الموصي له لا يستحق أخذ شيء من مال الميث إلا من حيث يثبت عنده واستحققه بيئته ، فيكون خصماً في ذلك . فقد ثبت بهذا أن الذي عليه حق للميث والذي له حق على الميث والموصي له والوارث خصم في قبول البيئته على وصية الموصي . فإن أقام الوصي البيئته على دعواه ثبتت الوصية . فإن كان عدلاً أنفذها القاضى ، وإن كان متهماً لم يوضح^(٦) له — معنى لم يظهر الحيانة — جعل القاضى معه رجلاً ثقة مأموناً يكون أمرهما واحداً لأنه لم يثبت معنى يوجب إخراجه من الوصية بنفس التهمة ما لم تظهر الحيانة . فيضم إليه رجلاً ليكون أحوط لمال الميث .

مسئلة

537

قال : { وإذا أثبت الوصي وصية وفيها إقرار من الميث بديون لافاناس

(٣) ل : حكم .

(٤) كذا في الأصل ، والوصى هنا بمعنى الموصي له .

(٥) ساقط من ل .

(٦) كذا في ل . وفي ف ، ج : يوضح .

شقي ووصايا لقوم بأشياء مختلفة ووصايا في أبواب^(١) البر ، وحضر بعض
الغرماء أو الموصى لهم ، " فثبت ذلك " ، لحكم له بحقه ، أو حكم الحاكم
للموصى بأنه وصى ، فإن أبا حنيفة قال : كلما حضر واحد من الغرماء والموصى
لهم قيل له : أعد البيعة وخذ حقلك ، إلا ما كان في أبواب البر فإن // [ل
١٣٩] [القاضي ينفذ ذلك . وقال أبو يوسف : لا أكلف أحدا منهم إعادة
الشهود ، كلما حضر واحد منهم فعصيت له بحقه ، فإن جهل معرفة الذي قدم
يسأل البيعة على المعرفة والاسم والنسب والقبيلة ، فإذا صح ذلك وكان موافقا
لما في الوصية من اسمه ونسبه وقبيلته فإن أقر له بدين أعطاه ذلك بعد أن يحلفه
وإن كان موصى له أعطاه وصية من الثلث } . والأصل في هذا أن الحق إذا
كان لواحد فإن إثبات الوصية لهذا الحاضر لإثبات الوصية لسايرهم ، وإذا
كان الحق^(٢) لغير واحد^(٣) لم تثبت الوصية إلا للحاضر عند أبي حنيفة .
// [ف ١١٧ ب] وذلك لأن الحق إذا كان لواحد ، مثل أن يكون صدقة
على فقراء بني فلان وساير أبواب البر فإن الحق لله تعالى في ذلك ، فواحد من
المدعيين لإثباته خصم عن الباقيين ، بدلالة إقامة حقوق الله تعالى : إن كل من
أقام بها كان خصما في ذلك . فإذا أقامها صار كان جميع الناس أقاموها .
كذلك ما ذكرنا وكما قلنا في إثبات دين الميت وساير حقوقه ، إذا أقام به أحد
الورثة كان صحيحا ويكون خصما عن الباقيين ، لأن الحق يثبت للميت أولا
فواحد من الورثة يقوم مقامه . وأما إذا كان لغير^(٤) واحد مثل الديون
والوصايا وغير ذلك من الحقوق فإن ثبوت حق الحاضر لا يوجب ثبوت حق
الغائب ، لأن الحاضر لم يكن خصما عن الغائب^(٥) لأنه ليس بوكيل له ولإلحاق
الذي يشبهه هو ما يثبت للغائب^(٥) ، بل حق كل واحد منهما منفصل عن حق

(٢) ساقط من ف .

(٤) ل : لأكثر من .

587 (١) ل : أصحاب .

(٣) ف : ليس لواحد .

(٥) ساقط من ف .

صاحبه ، فلا يكون أحدهما خصما عن الآخر ، فلا يثبت حق الغائب بثبوت حق الحاضر . فذلك وجب على كل من حضر أن يقيم البيعة على دعواه عنده . وأما أبو يوسف فإنه شبهه بالوارث إذا أثبت حق نفسه كان حارسا ثبوت ثابته أيضا ، ولا ينفهم إعادة البيعة . وقد بينا الفصل بين الوارث وبين مستلتمنا على قول أبي حنيفة لأن الوارث إنما ثبت الحق للواحد وهو المرحى فأحد الورثة يقيم مقام البائين . وها هنا الحاضر لا يثبت حقه وحق الغائب // [ل ١١٩ ب] لو ائحد من حقه غير حق الغائب ، فلا يكون في إثباته ٤٠ إثبات حق الغائب إذ لا يمكن خصما عنه كائنا . فذلك اقترقا .

538 قال : { ولو أن رجلا تقدم إلى القاضي فقال : فلان بن فلان مات وأوصى لي ، فجميع تركاه ، وله على هذا الرجل الذي حشرته ألف درهم دين ، أو له في يديه وديعة ألف درهم ، أو في يديه ضيق ألف درهم ، أو ادعى لي : قبل هذا الرجل حقا من الحقوق ، فقال المدعى عليه : صدق هذا أوصى به فلان على ما قاله ، ولفلان قبل هذا الحق الذي ادعاه له هذا الودي ، وقد مات فلان وهذا وصيته ، فإن القاضي لا يأمر هذا المدعى عليه بدفع ما عليه من الدين إلى هذا المدعى الوصية ولا غيره ، ولكن يقول المدعى الوصية : أقم البيعة على وصية هذا الميت إليك } .

539 قال الشيخ : وفرقوا بين الوصية على هذا الوجه وبين الوكالة لأن المدعى عليه إذا أقر بأن هذا وكيل له أثب يقبض ما له على فإن القاضي يأمره بتسليم الدين إليه ، وها هنا لا يأمر بذلك . والفرق بينهما أن تصرف القاضي جائز // [ل ١٨ ب] على الميت فلو أمر المدعى عليه بتسليم الدين إلى المدعى الوصية لبريء المدعى عليه من الدين ، لأن تصرف القاضي جائز على الميت ، فيصير كأن الميت

أمره بذلك . وإذا كان في ذلك برائة للمدعى عليه لم يكن (٢) للقاضي أن يصدقه في ذلك بلا بينة ، لأن فيه إبطال حق الميت ، لأنه لو لم يثبت وصية الوصى لم يكن للميت على المدعى عليه شيء بعدما سلم المال إلى المدعى الوصية بأمر القاضي . فإذا كان في ذلك إبطال حق الميت لم يصدق القاضي الوصى والمدعى عليه على الوصية حتى يقيم الوصى البينة على ذلك احتياطاً لمسال الميت . وليس كذلك وكيل الغائب لأن تصرف القاضي غير جائز على الغائب ، فأمره المدعى عليه بتسليم ما أقر به إلى الوكيل لا يبرىء المدعى عليه من حق الغائب (٣) بل حقه بأن كما كان ، متى أراد طالبه به (٤) . فإذا لم يكن في ذلك إبطال حق الغائب صدق المدعى عليه على نفسه دون الغائب ، وأمره بتسليم ما أقر به إلى الوكيل ، لأن إقرار الإنسان جائز على نفسه (٥) غير جائز على غيره (٦) .

540 قال : { وإن أثبت // [ل ١٤٠ أ] الوصى وصيته عند القاضي وأراد منه إنقاذها ، فإن القاضي يسأل عنه ، فإن هدّله أنفذ الوصية ، وإن لم يحمده ولم يكن موضعاً للوصية لم ينفذها { ، من قبل أنه لو كان ثقة فللقاضي أن ينصبه لو لم يكن الميت أوصى إليه ، فإذا أثبت أن الميت أوصى إليه " كان أخرى أن يجوز " . وأما إذا كان غير ثقة فإن للقاضي أن يخرج من الوصية لو كانت وصيته محكوماً بها ويقيم غيره مكانه . فإذا لم يكن قد حكم بها فهو أخرى أن لا ينصبه وصياً . وأيضاً فإن كل معنى يحتاج إلى إسقاطه من حيث يُثبت فإنه لا يجوز إثباته أصلاً . ألا ترى أنهم قالوا في رجل زوج أمته من عبده أنه لا يثبت على عبده مهرها ؟ لأننا نحتاج أن نسقطه من حيث تثبت لأن الرجل لا يثبت له على عبده دين ، فيبطل من حيث يثبت ، فلم يُثبت أصلاً . كذلك

(٢) ف : يجوز .

(٣) ساقط من ف .

540 (١) ف . كالمحق للإفاد .

ما ذكرناه، لا يحكم له بالوصية أصلاً لأننا نحتاج أن نخرجه من الوصية إذا كان غير ثقة . فلا معنى لإتخاذها .

541 قال : { وقال أبو يوسف : إذا جعل القاضى وصياً للأيتام يقوم مقام وصى أبيهم فهو بمنزلة وصى الأب } ، لأن تصرف القاضى جائز على الميت ، فله أن يقيم الوصى مقام الميت يجوز تصرفه عليه بدلالة أنه لما كان تصرفه جائزاً على ابنه الصغير كان له أن يقيم غيره " مقام أبيه " . كذلك القاضى فى وصى الميت .

فصل

542

قال : { وإن كان جعله وصياً فى شئ ، يشتره لم يحفظه عليهم فليس له أن يمدو ذلك إلى غيره } . وهو بمنزلة وكيل الأب . ولا يشبه هذا وصى // [ف ١١٨ ب] الأب : إذا أوصى له فى شئ بعينه كان " وصياً فى جميع التركة عند أبى حنيفة وأبى يوسف . وذلك أن القاضى إنما ينصب " وصياً فى ذلك الشئ بعينه من جهة الحكم ، فلا يجوز أن يتعداه إلى غيره بدلالة أنه لو حكم فى وصى الأب بأن لا يتعدى إلى غير ما أوصى إليه بعينه كان قضاءؤه عليه جائزاً ، ولم يجوز له أن يتعداه إلى غيره عند الجميع ، لأن ذلك من جهة الحكم ثبتت ، فلا يجوز أن يُفسخ ويتعداه إلى غيره . كذلك ما ذكرنا: بتثبيت وصيته من جهة الحكم فلا يجوز فسخا بتدبه إلى ما أوصى إليه . وأما وصى الأب الذى لم يحكم القاضى عليه بشئ فإنما تقع الوصية فى جميع التركة عند أبى حنيفة وأبى يوسف لأن وصيته ثبتت من جهة الولاية ، لأنه (١) يتصرف مع انقطاع ولاية الميت ، فليس // [ل ١٤٠ ب] يتصرف من جهة الأمر .

541 (١) ل : مقامه .

542 (١) ساقط من ل .

فلا يكون التصرف مقصوداً على ما أوصى إليه بدلالة تصرف الجدة : لما كان تصرفه من جهة الولاية لم يختص بشيء دون شيء . كذلك هذا . وأما الوكيل فتصرفه من جهة الأمر . ألا ترى أنه يبطل مع بطلان أمر الأمر بالموت أو غير ذلك ؟ فلا يجوز أن يتعدى غير المأمور به .

فصل

543

قال : [وإذا أوصى الميت إلى رجل فقال القاضي الوصي : قد أشركت معك فلاناً في الوصية ، فهو بمنزلة وصي الأب } ، يعني إن تصرفه يكون عاماً في جميع التركة .

قال الشيخ : هذا إذا اتهم الأول . فأما إذا كان الأول ثقة مأموناً فلا ينبغي أن يعنى إليه غيره ، اللهم إلا أن يرى القاضي أن يكون ذلك أحفظ لمال اليتيم ، فله أن يفعل ذلك احتياطاً .

544 قال : { وإن جعل القاضي وصياً للأيتام لحضره الموت فأوصى إلى رجل ، فوصيته يقوم مقام وصي الميت } ، لأننا قد بينا فيما سلف أن الوصي من جهة القاضي بمنزلة وصي الأب ، ولو وصى الأب أن يوصى إلى " غيره " عند موته . كذلك وصي القاضي . وإنما قلنا إن الوصي أن يوصى إلى غيره " لأن تصرفه جائز مع انقطاع ولاية الوصي ، فصاومثل تصرف الجدة بعد موت الأب " (١) . والمعنى " الجامع بينهما " (٢) جواز التصرف لسكل واحد منهما مع انقطاع ولاية من ثبت تصرفه من جهته ، فإذا كان للجد أن يوصى إلى غيره عند موته إذا لم يكن هناك وصي للأب ، كذلك لهذا أن يوصى إلى غيره . وهذا الوجه مدخول عليه لأن الوصي لا يجرى في هذا الباب بجرى الجد

(٢) ف : الإبن .

544 (١) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ل .

إلا أنه يمكن أن يجاب بأن هذا فرق في وجه آخر ، فليس يمنع صحة الجمع // [ف ١١٩ أ] بينهما من الوجه الذي جمعنا . ^(١) والذي قال الشيخ في هذا إن تصرف الوصى من جهة الولاية بدلالة جواز تصرفه مع موت الموصى وطلان أمره ، فصار مثل الأب . فلما جاز للأب أن يوصى كذلك هذا . والمعنى الجامع بينهما أن تصرف كل واحد منهما من جهة الولاية ، وليس هذا كالوكيل : إنه لا يجوز له أن يوكل غيره لأن تصرفه من جهة الأمر ، فلا يتعدى المأمور به . قال رحمه الله : وإنما اتفقوا على أن للوصى أن يوكل في حال حياته وإن لم يقل له الميث ذلك . فلو كان الوصى كالوكيل ما جاز له أن يوكل غيره كما ليس للوكيل أن يوكل غيره . فإذا كان كذلك ثبت أن تصرفه من غير جهة الأمر وإنما هو من جهة الولاية ، فيكون عاماً شاملاً في جميع التركة ما كان للموصى أن يفعله .

مسئلة

546

قال : { وإذا توفيت المرأة ولها أولاد صغار وزوج ، وهو أبو أولادها وتركزت ميراثاً من عقار وغيره وأوصت إلى رجل ، وعليها ديون لأفاس شتى ووصايا في أبواب البر وغيرها ، فلو وصى المرأة أن تنفذ وصاياها ويقضى ديونها من التركة ببيع أو غير ذلك . وليس له أن يتصرف بمسألة ذلك فيما حصل للأولاد الصغار ويكون الأب هو المتصرف في ذلك } . والأصل في هذا أن الوصى يقوم مقام الموصى فيكون تصرفه مقصوراً على ما كان يملكه الموصى . فإذا كان كذلك فله أن يقضى دين المرأة وينفذ وصاياها كما كان له أن يقضى دينها وينفذ وصاياها من مالها . وليس له أن يتصرف فيما حصل للصغير كما يكون للأمر أن يتصرف في مال الصغير ، والأب هو الذي يتصرف في ماله .

قال الشيخ : ووصى الأم ووصى العم ووصى الأخ ووصى // [ل ١٤١ أ]
 " الأب على الكبير الغائب تصرفهم مقصور على ما يكون فيه حفظ " المسال
 الميت ، لأنه يجوز أن يظهر عليه دين فيحتاج أن يؤدي من تركته ، فيكون
 الخصم في ذلك هو الوصي ، فإذا كان كذلك كان الكرماء في هذا كله أن
 تصرفوا فيما يكون حفظ المال الميت . فجاء لهم بيع ما دون العقار لأنه يمكن
 للحفظ ، وليس لهم بيع العقار لأنه محظوظ بنفسه ، فلا يكون في بيعه خذل
 المسال الميت . وكذلك تصرف الوصيين على هذا الوجه . ألا ترى أن تصرف
 " الأم والأخ والعم " لا يجوز على الصغير إلا فيما يكون حفظ ماله . كذلك
 تصرف أوصياتهم مقصور على هذا . وكذلك تصرف الأب على الكبير
 الغائب لا يجوز على هذا الوجه . كذلك تصرف وصيه . ولم أن يشتروا //
 [ف ١١٩ ب] للصغير بماله ما لا بد له منه استحصانا ، كما كان الأم والأخ
 أن يشتري الصغير ما لا بد له منه . كذلك الوصي .

قال الشيخ : وليس له أن يشتري شيئا للصغير ما لا بد له منه أبداً من مال
 الصغير ولم يملكه من جهة الوصي ، لأن ذلك المسال لم يكن للميت فلا يتعلق
 به حفظ المسال .

مسئلة

546

قال : { ولو أن رجلا حضر القاضي ومعه رجل وأدعى أن رجلا أودى
 إليه ومات ، وأن له على هذا الذي معه أربعة آلاف " درهم دين ، وقا ،
 للقاضي : سألته عن دعوای ، فإن القاضي لا يسأله عن الوصية إلى هذا المدعي
 ولكنه يسأله عن موت الرجل . فإن قال : قد مات ، سأله عن المسال الذي

(٢) ف : الأم للأخ ولم .

545 (١) ساقط من ل .

546 (١) في الأصل : ألف .

ادعاء لليت عليه . فإن أقر بذلك أمر المدعى الوصية أن يقيم البيئة على وصيته { . وذلك لما يتنا أن الوصى لا يكون خصماً في قبض دين الميت حتى تثبت الوصية عند القاضي بشهادة شاهدين كذلك ما هنا ، لم تثبت وصيته فيسأل المطلوب حتى يقر بالموت أولاً ، لأنه إن لم يقر بالموت لم يكن الوصى خصماً بحال ، ولا سبيل لأحد عليه غير الطالب . وإن أقر بالموت كان الخصم هو الموصى إليه إذا ثبتت الوصية . فلذلك قلنا : إنه يسأل عن موت الموصى أولاً ثم يسأل عن الدين : عليه أم لا ، لأنه إن لم يقر بالدين لم يلزمه شيء . وإن ثبتت الوصية للمدعى حيثئذ يقيم البيئة على ثبوت الدين . وإذا أقر كان له أن يطالب به إذا أثبت الوصية ، فلذلك يسأل عن الدين ، فإذا أقر به حيثئذ يقال للمدعى : أقم البيئة على الوصية لما يتنا أنه لا يكون خصماً حتى تثبت الوصية .

547 قال : { وإن جحد موث الموصى ولم يكن للمدعى بيئة على الوصية إليه ، فإن القاضي يقول للمدعى . أقم البيئة على // [ل ١٤١ ب] موت الموصى { لأنه وإن^(١) لم تثبت الوصية فإنه إذا ثبت الموت جاز للقاضي أن ينصبه وصياً لليت إذا رأى ذلك وكان موضعاً لها . وأما إذا لم يثبت الموت فليس له أن يجعله وصياً بوجه . فلذلك يقال له : أقم البيئة على موت الموصى . فإذا أقام بيئة على ذلك حيثئذ يفعل القاضي ما يرى أنه أصوب عنده من نصب المدعى وصياً لليت أو غيره ليطالب بمحقوق الميت ويجمع أمواله ، لأن القاضي منصوب ، لإيصال ذوى الحقوق إلى حقوقهم .

548 قال : { ويجوز تصرف وصى الأب على الصغار في العقار وغيره عندم جميعاً بما لا يتنافى الناس في مثله ، ولا يجوز في أكثر مما يتنافى الناس { . والأصل في هذا قول الله تعالى ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا ﴾ // [ف ١٢٠ أ] كمال

التسليم إلا بالتسليم هي أحسن^(١) ، "فنع قرب مال اليتيم إذا لم يكن خيراً له . فذلك لم يجوز تصرفه فيما يتغابن الناس فيه . وإيضاً^(٢) . فإنه لا ولاية لأحد على الصغير فيما يكون فيه ضرر عليه . " ألا ترى أنه لا يجوز للأب ولا غيره أن يهب مال الصغير لما يلحقه من الضرر^(٣) ؟ " ثبت ، أنه لا ولاية لأحد على الصغير فيما يضر به ، فصار كأنه تصرف فيه من لا ولاية له عليه مثل الأجنبي ، فلا يجوز تصرفه . وإيضاً لما اتفق الجميع على امتناع جواز عتق عبد الصغير وهبة ماله ، وجب أن تكون الزيادة على ما يتغابن الناس في مثله . والمعنى الجامع بينهما^(٤) إخراج مال الصغير من ملكه بنهر بدل يحصل للصغير . وأما مقدار ما يتغابن الناس فيه من الزيادة فإنها جائزة لأن الوصي لو امتنع من التصرف فيه حتى يشتري بأكثر من ثمنه لحق الوصي في ذلك ضرر ، فصار مقدار ما يتغابن الناس فيه " مفقواً عنه " لما يبرود نفعه إلى الوصي^(٥) .

549 قال : { ولو وصى الأب أن يبيع العقار وغيره إذا كان في الورثة صغار وكبار عند أبي حنيفة وإن لم يكن هناك دين يقضيه ولا وصية ينفذها . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا لم يكن هناك دين ولا وصية لم يكن له أن يبيع حصة الكبار من العقار } . لأبي حنيفة إن يبيع نصيب الصغار على العقار دون نصيب // [ف ١٢٠ ب] الكبار ضرر على الصغار^(١) وليس للوصي أن يفعل ما يضر بالصغار لما يتنا . وفي بيع جميع ذلك توفير حق الصغار من غير

548 (١) سورة الأنعام ، ٦ : ١٥٢ (٢) ساقط من ل .

(٣) ل : بدلالة أن له أن يهب مال الصغير .

(٤) ل : وكذلك غيره عنده ، والظلة .

(٥) ف : فيجوز له . ج : مستثنى من المقد .

(٦) مزيد في ف ، ج هنا شرح الشيخ الجصاص لآيات قرآنية تؤكد معنى هذه الفقرة .

549 (١) ل : العقار .

الحاق الضرر بالكبار مع ثبوت ولايته عليهم . فذلك جاز له أن يبيع نصيب الكبار أيضاً . ولا يلزم على هذا إذا كان للصغير شركة في العقار مع الأجنبي لم يكن الوصى أن يبيع نصيب الأجنبي وإن لحق الصغير يبيع نصيبه خاصة ضرر ، لأننا قد قيّدنا القلة بأن^(٢) قلنا : مع ثبوت ولايته على الكبار . وإن شئت قلت : مع ثبوت ولايته على الشركة الباقية على حكم ملك الميت . وليس هاهنا الوصى على الأجنبي . فذلك امتنع من بيعه . قال الشيخ : "وما يبيّن لك أيضاً أن" في هذا توفير مال^(٣) الميت ، وفي بيع بعضه دون بعض^(٤) [١٤٢٥] تضييع حقه ، والوصى مأمور بتوفير حق الميت^(٥) وماله لأن له في ذلك نقماً . ألا ترى أنه لو ظهر عليه دين قضى منه دينه ، ولو ظهرت له وصية أنفقت من ذلك^(٦) ؟ فيبغى أن يكون ممنوعاً من بيع بعض العقار عليهم دون بعض . ولا يلزم على هذا وصي الأب على الكبار الذين لا صغار معهم أنه لا يجوز الوصى أن يبيع العقار عليهم ، لأنه ليس هناك بيع بعض العقار دون بعض ، بل^(٧) العقار كله باق على حكم ملك الميت ولا يلحقه الضرر فنحن الوصى من بيعه .

وفي مسئلتنا : إذا باع نصيب الصغار دون الكبار لحق الضرر^(٨) يبيعه للعقار بشمن ناقص^(٩) لأن الشركة عيب ، فإذا باع بعضها دون بعض لم يشتر إلا بنقصان . فذلك اختلفاً : ولا يلزم على هذا الوصى له مع الصغار لم يحز عندهم جميعاً أن يبيع الوصى نصيب الوصى له من قبل أن ما يحصل للوصى له بالوصية لا يكون باقياً على حكم ملك الميت ، لأنه لا يخلف الميت في ملكه . ألا ترى أنه لا يرد بالعيب على بائع الميت كما يرد الوارث ، لأن الوارث يخلف

(٢) ساقط من ل .

(٣) ل : وأيضاً .

(٤) ساقط من ف .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ف : حق .

(٧) ف : يلى .

الميت في ملكه ، وهذا لا يخلفه . فإذا كان كذلك صار الوصى له مثل الاجنبى والوارث حكمه حكم ملك الميت ، وقد بينا أن للوصى ولاية على ملك الميت فله أن يبيع جميع العقار إذا كان ذلك أوفر لحق الميت .

وأما أبو يوسف ومحمد فإتفهما ذهباً إلى أن نصيب الكبير هاهنا بمنزلة نصيبه لو انفرد ، كذلك إذا كان مع الصغير . والجواب عنه ما ذكرنا .

وأما إذا كان هناك دين أو وصية فللوصى أن يبيع جميع العقار عندهم جميعاً ويقضى به دين الميت وينفذ وصاياه ، لأن الميراث ثبت حكمه بعد قضاء الدين وإنفاذ وصاياه من الثلث . قال الله تعالى ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾^(٨) . وأيضاً فإن مقدار المستحق بالدين كأنه غير مودود عنه . وكذلك مقدار المستحق بالوصية . فإذا كان كذلك لم يكن للورثة في ذلك حق ، كباراً كانوا أو صغاراً ، وصار كان الميت // [ف ١٢١ أ] فلذلك في مرضه .

550 قال : { وللوصى أن يبيع ويودع } لأن له أن يستأجر على حفظ المال ، فله أن يحفظه " بنير أجرة " // [ل ١٤٢ ب] وهو الوديعة . والبضاعة مثل الوديعة لأن له أن يوكل إنساناً يشتري الصبي ، فله أن يبيع أيضاً ، ويجعل المستضعف وكيلاً في الشراء .

551 قال : { وإن قال : أفتت مالك عليك ، صدق في نفقة مثله في تلك المدة } ، لأنه أمين فلا يجوز أن يكذب به ما لم يظهر لنا خلافه . وأما في

(٨) سورة النساء ، ٤ : ١٧

أكثر من نفقة مثله لم يُصدق لأننا قد علمنا خلافه إذ^(١) لم يكن له أن يسرف في مال الميت فينفق على الصغير أكثر من نفقة مثله ، فيصير ضامناً . قال : { وإن اختلفا في المدة فقال الوصي . هي عشر سنين منذ مات الميت ، وقال الوارث : خمس سنين ، فالقول قول الوارث } ، لأن هذا اختلاف في تاريخ موت الميت ، فلا يصدق الوصي على تقدم التاريخ إلا بينة . ويثبت التاريخ من الوقت الذي اتفقا عليه ، وهو خمس سنين . فإذا ثبت التاريخ^(٢) كان القول قوله فيما اتفق مالم يتجاوز نفقة مثله لأنه أمين . قال : { ولو^(٣) ادعى الوصي أن الميت ترك رقيقاً فأنفق عليهم إلى وقت كذا ثم ماتوا ، فكذبه الابن في ذلك ، فالقول قول الوصي في قول أبي يوسف . وقال الحسن بن زياد : لا أصدقه في ذلك } . لأبي يوسف اتفاقهم في نفقته على الصغير أنه مصدق وإن لم يكن الاتفاق موجوداً في الحال ، ولم يُعلم ذلك إلا بقوله . فكذلك ما هنا . وإن لم يُعلم وجود العبد أن يصدق . وكما اتفقوا أنه لو ادعى أنه استأجر رجلاً بمشرة دراهم أو أكثر ليحفظ مواشيه أو ليرد عبداً له قد أبق ولم يكن هناك وقت الخصومة ماشية ولا عبد ، كان مصداقاً . كذا الاتفاق على عبد كان^(٤) له وجب^(٥) أن يصدق . وأما وجه قول الحسن بن زياد فإن الجميع قد اتفقوا على أنه غير مصدق إذا ادعى أنه أنفق عليه منذ عشر سنين وأن أمه مات منذ عشر سنين وقال الابن : منذ خمس سنين ، لأنه ادعى إثبات مدة أنفق عليه فيها لا يعلمها . ليتوصل^(٦) بذلك إلى براءة نفسه ، فلم يصدق كذلك مسئلتنا : ادعى إثبات عبد أنفق عليه ولا يُعلم ذلك ، فلا يصدق . وهذا ساقط بما ذكرناه من الإجارة .

552 قال : { ولو ادعى أن غلاماً للابن أبق فأعطى الذي جاء به رجلاً أربعين درهماً . وقال : أدبت خراج أرضك منذ مات أبوك وهو منذ عشر

(٢) ساقط من ف .

(٤) ساقط من ل .

551 (١) ل : لذا .

(٢) ل : لم يجب .

سنين ، وقال الابن : إنعامات أبي منذ ستين ، أو قال : فرض القاضى لأخيك هذا الزمن^(١) نفقة فى مالك فأدبت ذلك فى كل // [ل ١٤٣ أ] شهر لشر سنين ، إن القول قول الوصى فى هذا كله عند أبى يوسف . وعند محمد القول قول الابن } . والمسئلة الأولى التى // [ف ١٢١ ب] ذكرنا فيها خلاف الحسن .

553 قال الشيخ : إن قولهم مثل قول أبى يوسف إلا ما دواه الحسن فصار حاصل الجواب على قول أبى يوسف أن النفقة عليه وعلى رقيقه وعلى ذى رحم محرم منه سواء . وعالقه محمد فى نفقة ذى الرحم المحرم منه ، ولم يصدق الوصى . هذا قولهم فى النفقة ، وقولهم فى الخراج والجمل على الخلاف الذى بينا . فأما وجه قول أبى يوسف فى التسوية بين النفقة عليه وعلى رقيقه وبين النفقة على ذى رحم محرم منه أن له ولاية فى النفقة على ذى الرحم المحرم منه ، كما كان له ولاية فى نفقته عليه . ألا ترى أن القاضى إذا فرضها^(٢) كان الوصى هو المحرم فى ذلك وفى الإنفاق عليه^(٣) دون غيره . فدل ذلك على أن له ولاية فى ذلك . وإذا كان كذلك وجب أن يصدق . وأما محمد فإنه فرق بين نفقته وبين نفقة رقيقه وبين نفقة ذى الرحم المحرم منه لأن نفقة ذى الرحم المحرم لا تستحق من ماله إلا بفرض القاضى . فإذا لم يعلم سبب استحقاقه وهو فرض القاضى لم يصدق . مثل أن يدعى أنه كان على الميت دين فقضاء ، لم يصدق بنير بينة لعدم سبب الاستحقاق . كذلك هذا . وأما نفقته ونفقة رقيقه فإنها تستحق من ماله بنير فرض القاضى ، لأن على الوصى أن ينفق عليه وعلى رقيقه من ماله من غير فرض القاضى ، وليس عليه

552 (١) ف : أحد من .

553 (١) ف : يصدق . (٢) ف : فرض .

(٣) ف : يكون المحرم فى ذلك وفى الإنفاق عليه هو الوصى .

أن ينفق على ذي رحم محرم منه إلا بعد أن يفرض عليه القاضى . فصارت النفقة عليه وعلى رقيقته بمنزلة الذين المستحق الذى قد علمنا كونه . فإذا ادعى أنه قد قضاء صدق لوجود سبب الاستحقاق . وعلى هذا بنى محمد مسألة الجمل لأن سبب الاستحقاق لا نعله ، وهو الإباق ، فلا يصدق الوصى على الجمل إذا لم يكن هناك سبب الاستحقاق . وإذا أضاف ذلك إلى عقد يملكه مثل الإجارة ونحوها فيصدق . وكذلك خراج الأرض لا يصدق إذا ادعى أنه ادعى خراجها في مدة لم يصدقه الوارث ، لأن كون موت الميت في تلك المدة لا يستحق من التركة إلا بموت الميت . فصار موت الميت كالسبب يجوز آداء الخراج . فإذا لم يعلم // [ل ٤٣ ب] سببه ، وهو الموت ، لم يصدق .^(١) وهذه المسائل كلها تجري على التركة إلا مسألة الإجارة إذا ادعى أنه استأجر رجلا ليرد عليه عبدا قد أبقي منه ، إنه يصدق^(٢) مع عدم الاستحقاق ، وهو الإباق . ولهذا استدل أبو يوسف فى تصديقه فى جمل الآبق . إلا أنه يمكن أن يجاب عن هذا بأن يقال إن السبب الذى لا يصدق فيه // [ف ١٢٢ أ] أن يكون عما لا يملكه هو ، مثل جمل الآبق : إن إيجاب الجمل لا يتعلق به ولا يملكه هو . وكذلك وجوب الخراج لا يتعلق به ولا يملك إيجابه فى الأرض . فإذا لم يملك إيجابه وجب أن يثبت^(٣) سبب وجوبه ، وهو الإباق العبد ، وفرض القاضى النفقة ، وموت الميت فى خراج الأرض ، حتى يصدق . وليس كذلك الإجارة ، لأن عقد الإجارة ووجوب الأجر عما يملكه الوصى دون غيره ، فيصدق على ذلك كما يصدق فى سائر العقود من الشراء والبيع والرهن وغير ذلك ، لأنه يملك التصرف فيها ، فيكون مالكاً لسبب الاستحقاق فيصدق على ما يملكه ، لأن إقرار الإنسان مقبول فيما يملكه . فهذا تحصيل مذهب محمد فى ذلك ، وهو معنى صحيح حسن .

(١) ساقط من ل .

(٢) ف : بين .

554 وأما أبو يوسف فقد بينا وجه قوله في النفقة عليه وعلى رقيقه وعمره وأما الجمل فإنا يصدق [فيه] لأنه يملك بذل ذلك التقدر لحصول العبد بدلالة أن له أن يؤاجر عليه ليرد الأبق إليه . فإذا كان كذلك صدق لأنه أقرب ما يملكه كما يصدق على وجه العقد وهو الإجارة . والجواب عن هذا لمحمد أننا لا ننكر أنه يملك بذله على وجه العقد ، وهو الإجارة ، فمن أين لك أنه يملك بذله على غير وجه العقد ؟ وهل هذا إلا نفس الخلاف ؟ فيليني أن لا يصدق حتى يقيم البينة على دعواه . وكذلك قوله في الخراج : يقول إن الوصى ولاية على أداء الخراج بدلالة أنه هو الذي يل آدائه إذا وجب ، فيجب أن يصدق فيه كما يصدق في النفقة عليه . والمعنى الجامع بينهما ثبوت الولاية له في الوجين جميعاً . والجواب لمحمد ما ذكرنا أنه وإن كان يملك أداء الخراج فلا بد من إثبات السبب الموجب لاستحقاقه كما أن له ولاية في قضاء الدين ، ومع ذلك لم يصدق على قضاءه إلا بإثبات السبب الموجب لاستحقاقه وهو ثبوت الدين . فإذا لم يعلم ذلك لم يصدق على القضاء . كذلك ما هنا لا بد من إثبات السبب الموجب للاستحقاق وهو موت الميت ، لأنه لو كان [ل١٤٤أ] حياً لم يستحق خراج الأرض من يدى الوصى ، وإنما استحق من ماله في يده فيليني أن يصدق الوصى على أدائه إلا^(١) بإثبات موت الميت .^(٢) ولهذا العلة أيضاً لم يصدق الوصى هندم جميعاً في النفقة عليه منذ عشر سنين إذا ادهى [الوصى]^(٣) أن أباه مات منذ عشر سنين لأن السبب الموجب لجواز الإنفاق عليه موت الميت^(٤) وهذا لا يملكه فلا يصدق الوصى على وجود السبب قبل الخمس سنين الاتى صدقه الابن فحين ، ويصدق في الخمس سنين لوجود السبب . فالمسائل كلها قد استمدت على مذهب محمد على معنيين^(٥) [ف١٢٢ب]

(٢) في الأصل ، أى ل : الأب .

554 (١) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ف .

(٤) لقد سقطت من ف هنا وروية بكاملها . للاعتناء على ل من هنا حتى فقرة 558 ،

ملاحظة (٢) ، وسقط أس ب ، ج .

أحدهما أنه مصدق على التصرف عند وجود السبب الموجب له ، سواء كان السبب بما يملكه أو لا يملكه . والثاني أنه غير مصدق عليه إذا كان السبب الواجب معدوماً في الظاهر ولا يملكه هو بنفسه . وأما إذا كان بما يملكه فإنه مصدق وإن كان في الظاهر معدوماً . وذلك مثل ما ذكرنا من الإجارة ونحوها . ويستمد أيضاً على اعتبار أبي يوسف ، وهو ثبوت الولاية على الوجه الذي ادعاه إلا مسألة الدين إذا ادعى أنه كان على الميت دين فقضاه ، ولا يعلم كون الدين ، إنه لا يصدق مع ثبوت ولايته على قضاء الدين على الوجه الذي ادعاه ومسألة الإنفاق عليه أيضاً إذا اختلفا في مدة موت الأب ، لم يصدق . واعتبار أبي يوسف يعترض عليه هاتان المسئلتان ، واعتبار محمد لا يعترض عليه بشئ . واحتج الشيخ لأبي يوسف في تصديقه في أداء الجمل أن الجمل هو بدل من المتافع التي حصلت للوارث برد العبد ، فصار مثل الأجرة التي هي بدل من المتافع ، فيصدق كما في الأجرة . وبجواب محمد من هذا بأن الوصي كان يملك السبب الموجب " لاستحقاق الأجرة وهو المقد ، فيصدق على وجوب السبب والجمل لا يملك السبب الموجب " لإيجابه ، إذ الجمل لا يثبت وجوبه بفعله ، فلا يصدق على وجوب السبب الموجب له حتى يعلم سببه . وفرق الشيخ " أيضاً لأبي يوسف بين اختلاف الوصي والابن في المدة التي ادعى فيها الخراج من يوم مات الموصى ، أن القول قول " الوصي عنده وبين اختلافهم في المدة التي أنفق عليه منذ مات الموصى ، أن القول قوله " الابن لأن الخراج لا يتعلق بالمدة لأنه لو ادعى أنه كان له أرض فأدى خراجها ثم باعها ، كان مصدقاً عنده . كما لو قال : كان له رقيق فأفقت عليهم ، كان القول قوله . ولا تتعلق المدة في هذا الباب ، فلذلك كان القول // [ل ١٤٤ ب] قوله في أداء الخراج في مسئلتنا . وأما في مسألة إنفاق الابن فلا يتأتى فيها

(٥) في ج فقط ، وهو ساطع من ل .

(٧) في ج . ساطع من ل .

(٦) في ج فقط .

هذا المعنى لأنه لا يمكن أن يقال إنى أنفقت عليك ، إلا وهو موجود فى حال الخصومة . فليس يحى^(٨) المعنى الذى قلنا فى الحراج إن القول قوله وإن لم يكن هناك أرض يتعلق بها وجوب الحراج . وكذلك إذا اختلفا والأرض التى ادعى خراجها موجودة كان القول قوله . فذلك افتراقا .

555 قال : { وإن باع الوصى شيئا من تركه الميت بالسنة فإن كان ذلك ضررا على اليتيم لم يحز } . قال الشيخ : بلى إذا باعه بدون ما يُباع بالسنة لأن ثمن السنة أكثر من الثمن بالحال . فلا يلغوه أن يبيعه بمثل ما يُباع فى الحال لأن ذلك ضرر على الصبي ، فصاركيمه بما لا يتناهن الناس فيه فلا يجوز .

556 قال : { وللوصى أن يוכל يبيع متاع اليتيم فى نقاضى ديون الميت وتجارته فى ماله } . كما يجوز له أن يستأجر ليتصرف فى ماله ، ويضع ماله كذلك يجوز له أن يوكله فى ذلك إذا كان ذلك أحوط للصبي لأنه يحتاج^(٩) إلى إصلا الأجرة .

557 قال : { وللوصى أن يعطى من مال اليتيم زكاة^(١٠) الفطر وأن يعطى عنه إذا كان له مال ، عند أبى حنيفة . وهو قول أبى يوسف . وعند زُفَر والحسن : ليس للوصى ذلك ، فإن فصل فهو ضامن . وهو قول محمد } . والمكلام فى هذا موضعه كتاب الصيام والأضاحى .

558 قال : { ولو أن رجلا ادعى على رجل ميت مالا أو أجر رجلا ذكر المدعى أنه ابن الميت وولده ، لا وارث له غيره ، وذكر أن فى يده مالا

(٨) ج : فى .

556 (١) ل : لا يحتاج .

557 (١) ج : سدقة .

ورثه عن أبيه ، وأن له على أبيه ألف درهم ، فقال المدعى على أبيه المال : أنا فلان
ابن فلان الفلاني ، وقد مات أبي ، ولا وارث له غيري ، وفي يدي مال وورثته
عن أبي ، ولا أعلم لهذا الرجل على أبي شيئاً ، فأراد المدعى استحلانه على ذلك
أحلفه له على حلفه . وذلك أن المدعى على أبيه قد اعترف بأنه خصم حيث
قال : إنه وارث الميت المدعى عليه . فإذا كان كذلك صدق على نفسه أنه
خصم ، ولا يصدق على الميت في لزوم المال بالنكول . لأننا لا نعلم كونه وارثاً
إلا بقوله ، فلا يصدق على الميت ، كما لا يصدق وكيل الغائب على الغائب إذا
ادعى رجل على الغائب ديناً وأن هذا وكيله في قضاءه المال الذي عليه وصدقه
بذلك الوكيل فإن القاضي يأمر الوكيل بتسليم ما أقر به إلى المدعى ، وإن لم يكن
[[ل ١٤٥]] ذلك قضاء على الغائب . فكذلك الوارث مثله في هذا الباب .
والعلة أنه لا سبيل للقاضي إلى نصب الوارث عن الميت ، كما لا سبيل له إلى نصب
الوكيل . فإذا كان كذلك لم يكن في أمر القاضي للوارث بدفع " ما لزمه " من
جبة الحكم حكماً على الغائب إذا لم يثبت كونه وارثاً عن الميت باليثة عند القاضي
كما قلنا في الوكيل . وليس الوارث في هذا كالوصي لو كان مكان الوارث
وأقر بأن في يده مالا للميت ، فإنه لا يكون خصماً عن الميت مع المدعى حتى
يقم البيينة على موت الميت وعلى وصيته وأن يقيم المدعى البيينة على ثبوت دينه
على الميت . فأما قبل ذلك فلا يكون خصماً وإن أقر بأنه وصي الميت وأن في
يده مالا للميت . وذلك أن للقاضي أن ينصب للميت وصياً لأن تصرفه جائز
على الميت ، فإذا أمر المقر بالوصية أن يؤدي دين المدعى أو يقبل بيئته^(٢)
[المدعى]^(٣) في إثبات الدين على الميت صار وصياً للميت ، إذ لو لم تجز وصيته
لم يصح قضاء دينه ولا قبلت عليه البيينة . فإذا كان كذلك ثبت أن أمر القاضي

558 (١) في ج فقط . وهو ساقط من ل .

(٢) هنا آخر الورقة السابقة من ف ، فتشأنف الاعتقاد على ل ، وف .

(٣) في الأصل : المدعى عليه .

للمقر بالوصية^(٤) بقضاء دين المدعى إقرار على الوصية . وإذا صار وصياً بذلك جاز تصرفه على الميت ، فيكون ذلك حكماً على الميت . وليس للقاضي أن يحكم على الميت بقول هذا الذي أقرب بالوصية . وليس كذلك الوارث والوكيل لما بيننا أنه لا يملك نصب الوكيل عن الغائب ولا الوارث عن الميت ، فلا يكون أمره بأداء ما لديهما من دين المدعى إقراراً على كونهما وارثاً ووكيلاً^(٥) . وإذا لم يكن ذلك ، لم يكن حكماً على الميت والغائب ، وإنما يكون حكماً عليهما . فلذلك افترقا .

فإن قيل : أليس المدعى إذا ادعى أن له على الغائب ديناً وأنه وكل هذا المودع : بقضاء ديني مما في يده من الوديعة ، إن المودع لا يكون خصماً في قضاء الدين ولا في قبول البيئة عليه بأن له على الغائب ديناً ، حتى يقيم البيئة أنه^(٦) وكيل في ذلك ، فلم^(٧) [لم تقل]^(٨) إن الوارث مثله وإنه لا يكون خصماً حتى يثبت المدعى^(٩) أو الوارث أنه وارث وأن أباه قد مات ، تقبل بيئته على ثبوت الدين على الميت ؟ قيل له : الفرق بينهما أن التركة في الظاهر أنها ملك الوارث حتى يجهى من يستحقها ، فإذا كان المدعى يدعى استحقاقه^(١٠) [له] هـ [ب] ما هو ملك الوارث في الظاهر كان الخصم هو الوارث . وأما الوديعة فليست ملكاً للمودع وإنما هي مال المودع ، فلا يكون المودع خصماً في مال المودع إلا بوكالة تثبت من جهته ، فلذلك لم يجعله خصماً حتى يثبت المدعى أنه وكيل الغائب . فإذا كان هذا مكذوباً قلنا في مسئلتنا : إن الوارث خصم عن الميت ، فتقبل بيئته المدعى عليه ، إن كانت له بيئة ، وإن لم يكن له بيئة حلف الوارث : بالله ما يعلم أن لهذا على أيك هذا الدين الذي يدعيه ولا أقل منه فإن حلف برى من دعواه ، وإن نكل عن الإيمان لزمه دعوى صاحبه . فإن

(٤) ف : قضاء من المدعى . (٥) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ل ، ف . وى ج : لا قلت .

(٧) ساقط من ل .

حلف الوارث على دعوى المدعى ثم أقام المدعى البيعة أن له على فلان بن فلان ألف درهم ، يعنى الميت ، وأن فلاناً مات ؛ إلا أن الشهود لا يعرفون أن هذا الذى حضر مع المدعى وارث الميت ، والحاضر يقر بأنه ابن الميت ، فإن القاضى يحكم عليه ويأمره بدفع المال إلى الغريم الطالب بهذه البيعة . فلا يكون ذلك حكماً على الميت ولا على ورثته ، لأن إقرار الحاضر جائز على نفسه ، خير جائز على غيره . فإذا كان كذلك وجب أن يصدق على نفسه فيما يلزمه من تسليم المال إلى الطالب ، لأن إقراره قد تضمن // [ف ١٢٣ أ] أحق بما في يديه من التركة منه حتى يستوفى دينه ، فيصدق على نفسه ويؤمر بدفع المال إليه إذا ثبت الدين . فلا يكون ذلك حكماً على الميت لأنه لم يثبت هذه القاضى ببيعة أن هذا الحاضر وارث الميت . وليس في حكمه بدفع المال إلى الطالب حكم بأنه وارث الميت ، لأن القاضى ليس له أن ينصب عن الميت وارثاً لو قصد إلى ذلك . فكيف يكون حكمه بدفع المال حكماً بأنه وارثه ؟ بل يكون حكمه مقصوراً عليه دون الميت ، كما قلنا في الوكيل إذا أقر بأنه وكيل الغائب^(٨) في قضاء الدين يؤمر بقضائه الذى اعترف [به] للطالب ، ولا يكون ذلك حكماً على الغائب لأنه ليس له سبيل إلى نصب الوكيل عن الغائب . كذلك ما ذكرنا من الوارث مثله .^(٩) وقد بينا هذا المعنى فيما تقدم . وقد بينا الفرق بينه وبين الوصى أيضاً^(١٠) . وكذلك لو أقر الوارث بدين المدعى على الميت كان مصداقاً على نفسه دون الميت ، ويؤمر بدفع المال إليه ، فلا يكون ذلك حكماً على الميت كما قلنا في الوكيل بقضاء ما عليه من الدين .

559 قال : { ويلجئ // [ل ١٤٦ أ] للقاضى أن يستحلف الطالب : بالله ما قبضت هذا المال من فلان الميت ولا من أحد آذاه إليك عنه ولا قبضته لك قاضى بأمرك "ولا شيئاً منه" ولا أبرأت منه ولا من شيء منه ولا أحللتى

(٨) ساقط من ل .

(أ) ف : الغائب .

559 (١) ساقط من ف .

بذلك ولا بشئ منه على أحد ولا عندك به رهن } . قال الفقيه (٢) : إن شاء ذكر هذا كله وحلفه يمنة واحدة ، وإن شاء اقتصر على قوله : بالله ما يرى الميت من هذا الدين الذى يدعيه ولا شئ منه ولا عنده به ولا بشئ من رهنه . فإنه يشتمل على جميع ما قاله . وإنما حلفه لأنه يجوز أن يكون الميت قد برى من الدين . فيبغى أن يحتاط فى حاله ويحلف الطالب على ذلك .

580 قال : { وكذلك كل دين ثبت على ميت فإن القاضى يستحلف الطالب على ما فسرت } ، ذلك لأن القاضى مأمور بأن يحتاط فى مال الميت ، فيبغى أن يستوثق (١) بكل ما يمتثل الدعوى . وها هنا لو كان الميت حاضراً يمتثل أن يكون كذلك ، فيدعى البراءة (٢) أو الرهن أو ما ذكرنا (٣) فيسأل القاضى أن يحلف الطالب على دعواه ، فكان القاضى يحلفه . فكذلك للقاضى أن يحتاط فيه ويحلفه ولا يعطيه شيئاً بغير يمين . وليس هذا (٤) كالمدعى عليه إذا كان حياً . لأن المدعى لا يحلف على براءة المدعى عليه إذا أقر المدعى عليه بأصل الدين أو جده ما لم يدع البراءة أو القضاء أو شيئاً يوجب براءته من الدين لأن هناك يحكم القاضى على ظاهر حالهما . فإذا لم يدع المطلوب القضاء ولا شيئاً يوجب البراءة // [ف ١٧٣ ب] ولم يقر بالدين أصلاً لم يجر أن يحلف الطالب على شئ لا يدعيه المطلوب . وها هنا دعوى الميت (٥) لذلك غير منسكركم فيحكم على ما يكون أحوط له . ويجوز أن يكون الميت (٦) لو كان حياً كان يدعى البراءة فيحلف على ذلك . وليست هذه اليمين حقاً للورثة وإنما هى حق للميت لو أبى الوارث أن يحلف الطالب لم يبرأ من اليمين ، وعلى القاضى أن يحلفه على ما قلنا بحق الميت ، لأنه يجوز أن يظهر عليه دين آخر أو موصى له فيقول

(٢) ل : أبو بكر .

(٢) ساقط من ف . . .

(١) 580 ف : يستوثق .

(٣) مزيد فى ل : كلام .

(٤) ساقط أسلاف ل ، ونحو ل الماشى .

القاضي : إنك لم تحتط في مال اليتيم ودفعت إلى الطالب بغير يمين^(٥) وأن الطالب قد يكون قد أخذ حقه في حياة الميت . فإذا كان كذلك لم يدفع للقاضي أن يلتفت إلى قول الورثة في ذلك .

581 باب الرجل يوصي إلى رجلين // [ل ١٤٦ ب]

قال أبو بكر الخصاص : { ولو أن رجلا مات^(١) وأوصى إلى رجلين فإن أحقية قال : ليس لأحدهما أن يعمل شيئاً دون صاحبه ولا يشتري شيئاً ولا يبيع إلا أن يشتري طعماً لليتيم وكسوة . وهو قول محمد . وقال أبو يوسف : لكل واحد منهما أن يشتري ويبيع ، ويجوز أمر واحد منهما كما يجوز أمرهما جميعاً في تركه الميت } . قال^(٢) أبو بكر : لا خلاف بينهما في سبعة أشياء ، إن لكل واحد منهما أن يفعله دون صاحبه : شراء الكفن وقضاء ديون الميت ، وإنفاذ وصاياه ، ورد الودائع والمواري ، وبيع ما يسرع إليه الفساد ، وشراء ما لا بد لليتيم^(٣) منه من الكسوة والعلام ونحوهما^(٤) وأن يخص كل واحد منهما وحده ولا ينتظر صاحبه . وما عدا هذه السبعة يكون على الخلاف . في قول أبي حنيفة ومحمد ليس لأحدهما أن يفعله دون صاحبه . وعند أبي يوسف له ذلك . أما شراء الكفن فإنه لا يجوز أن يترك الميت على السرير . ولا يدفع حتى يمضي الوصي الآخر^(٥) . ألا ترى أنه لو لم يكن إلا وصي واحد وهو غائب لم يجوز ترك الميت حتى يقدم الوصي الغائب ، بل يدفع للقاضي أن يأمر غيره ليشتري له كفناً ويدفنه إن كان هناك قاض . وإن لم يكن هناك قاض يؤمسي ذلك^(٦) غيره من المسلمين ولا يكون ضامناً

(٥) مريد ف : كان له أن يأخذ .

581 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .

(٣) ل : الصبي . (٤) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ف . (٦) ساقط من ف .

في ذلك ، ^(٧) كذلك أحد الوصيين له أن يفعله ولا ينتظر به الوصي الآخر .
 وأما قضاء الديون فإن صاحب الدين ^(٨) لو جاء وأخذ دينه من مال الميت لم يكن
 لأحد منعه . كذلك إذا فعل أحد الوصيين . وكذلك الوصية المعينة والودينة
 والعارية ، لسكل واحد من هؤلاء أن يأخذ ^(٩) ماله من غير منع من واحد ^(١٠) .
 // [ف ١٢٤ أ] وأما المرسلة ^(١١) فقل الدين لا ينتظر بها الوصي الآخر أيضاً
 لأن الوصي في إنفاذ الوصية بمنزلة الوكيل بالهبة ، فليسكل واحد من الوكيلين
 بالهبة أن يهبه دون صاحبه . وكذلك الوكيلان بإباحة شيء من ماله فهو مثل
 هذا . وكذلك الوصيان في إنفاذ الوصية . والمعنى ^(١٢) الجامع بينهما ^(١٣) أن الهبة
 والوصية جميعاً عقداً لإباحة ليس فيه بدل ولا يحتاج فيه إلى الرأي ، ^(١٤) حتى
 لا يلزم عليه أمر المرأة بأيديهما في الطلاق أنه تمليك ^(١٥) ، ومع هذا إنه ليس
 لأحدهما إنفاذه دون صاحبه إذا قال الرجل : قد جعلت أمر المرأة بأيديكما
 لأن ذلك ليس بنقد لإباحة ، ويحتاج فيه إلى الرأي . ونحن قد احتزنا من هذا .
 وأما بيع ما يزرع إليه الفساد فلأن في تركه ضرراً على مال اليتيم ^(١٦) ، وليس
 لأحد الأوصياء ولاية ^(١٧) فيما يضر به الميت . فلهذا لا ^(١٨) يلغى له أن ^(١٩)
 ينتظر الآخر . وأما شراء ما لا بد للصبي منه فلا نه يلحق الصبي ضرر بانتظار
 الآخر ، وليس لأحد ولاية على الصبي فيما يضر به . ألا ترى أنه لا يجوز
 للأب ولا للوصي // [ل ١٤٧ أ] أن يهب من ماله هبة لأنه يضر بالصبي ^(٢٠) فساد
 في ذلك كواحد من الأجنيين . كذلك ما هنا الوصي الغائب لا ولاية له فيما
 يضر بالصبي ^(٢١) في انتظاره .

- | | |
|-----------------------|---------------------------------|
| (٧) ساقط من ل . | (٨) ل : ما ألزم غيره أن يمنحه . |
| (٩) ف : غير المعينة . | (١٠) ساقط من ل . |
| (١١) كذلك الأصل . | (١٢) ف : الميت . |
| (١٣) ساقط من ل . | (١٤) (١٥) ساقط من ل . |

وأما الخصومة فإنما جعلنا^(١٥) لكل واحد منهما أن يخاصم لانهما لوحضرا
جميعاً لم يخاصم الخصم إلا واحداً منهما . وكذلك قالوا جميعاً في الوكيلين
إن لكل واحد منهما أن يخاصم . قالوصيان أجدر^(١٦) بكل^(١٧) واحد
منهما^(١٨) أن يخاصم أحدهما دون صاحبه . ووجه قول أبي يوسف ومحمد فيما
هذا هذه السببة^(١٩) أن الموصى لم ير^(٢٠) برأى^(٢١) أحدهما حتى ضم إليه
الآخر ، فلا يجوز^(٢٢) لأحدهما أن يتصرف عليه دون صاحبه إذ قد علم
رضاه^(٢٣) . وكذلك قال أبو حنيفة ومحمد في الأمينين^(٢٤) أنه لا يجوز لأحدهما
أن يتصرف في مال الإبن دون الآخر إلا في الأشياء المخصوصة التي ذكرنا .
وذهب أبو يوسف إلى أن تصرف الوصى من جهة الولاية فيكون تصرفه
عاماً ، ولكل واحد منهما أن يتفرد بنفسه دون صاحبه بدلالة ولي النكاح
إذ لو لم يح^(٢٥) تصرفه إلا مع الآخر صار متصرفاً في النصف دون الجميع .

562 والجواب من هذا أن كون تصرفه من جهة الولاية لا يمنع ما قلنا لأن
تصرفه وإن كان من جهة الولاية فإن الميت // [ف ١٢٤ ب] لم ير^(٢٦) برأى
أحدهما ، فصارا جميعاً كولي الصغير ، وكونهما ولي الصغير لا يوجب
الاقصر على تصرف أحدهما وحده دون الآخر عند أبي حنيفة ومحمد ، كما
قالوا^(٢٧) في الأمينين^(٢٨) ، كذلك الوصيان وإن كان تصرفهما من جهة الولاية
وجب أن لا يتصرف أحدهما دون صاحبه . وأيضاً فإن لم يحصل تصرف

(١٥) ل : قلنا .

(١٦) ساقط من ل .

(١٧) ف : يقض .

(٢٠) ف : لنا أن نقصر بالوصيين في جواز تصرف أحدهما دون الآخر ، والمضى
فيهما عدم رضا برأى أحدهما دون الآخر .

(٢١) ل : الأبوين .

562 (١) ف : قلنا .

(٢) ل : الأبوين

كل واحد منها مقصوداً على النصف بل تصرف كل واحد منهما مأم ، إلا أنه يلغى أن يكون رأى الآخر موجوداً معه على ما جعل إليهما الوصى .

فإن قيل : فهلا قلتم إن لكل واحد منهما أن يتصرف في جميع التركة وإن كان قد جعل معه وصياً آخر لكونه متصرفاً على وجه الولاية كما قال أبو حنيفة في الوصى إذا وصى إلى رجل^(٣) في شيء بعينه إنه يكون وصياً في جميع ما يتعلق بتصرف الأوصياء ؟ قيل له : لأن ما هنا إذا لم يجر تصرفه بغير رأى^(٤) الآخر لم يقتصر على بعض التصرف دون بعض تصرفه مأم في جميع ما يتعلق بالأوصياء . ثم إذا اقتصرنا بالتصرف^(٥) على ما أشار إليه دون غيره لم يكن متصرفاً من جهة الولاية وإنما يكون متصرفاً من جهة^(٦) الأمر كالوكيل لأنه لا يجوز تصرفه في سائر الأشياء بوجه من الوجوه ، فيخرج من أن يكون على وجه^(٧) تصرف الوصى . وفي مسئلتنا لا شيء [يشير]^(٨) إليه إلا ويجوز تصرف كل واحد من الوصيين . فلم يخرج^(٩) [٤٧٤ ب] الوصى من أن يكون تصرفه على جهة الولاية فذلك افتراقا ..

583 قال : { وقال أبو حنيفة : لو أوصى إلى أحدهما في شيء بعينه فقال : أنت^(١) وصى في قضاء ما على من الدين ، وقال للآخر : أنت وصى في القيام بأمر مالي وولدي وما أخلف بعدى ، كان كل واحد منهما وصياً في جميع ذلك ، وهما مشتركان في الوصية على ما قلنا في المسئلة الأولى . وقال أبو يوسف : كل واحد منهما وصى فيما أوصى به إليه ولا يشرك أحدهما الآخر فيما جعل إليه . قال الشيخ^(٢) : هذا خطأ أبي يوسف مع أبي حنيفة في هذه المسئلة .

(٤) ف : أمر -

(٣) ف : إليه -

(٥) ساقط من ل -

(٦) كلمة غير معروفة ورسها : سر . ولعل التثنية هو الصحيح .

(٧) ل : أبو بكر الرازي ،

583 (١) ل : أنه -

وهذا قول محمد ، ذكر في الوصايا أنه استحسان على قول أبي حنيفة وأبي يوسف .
لأن حنيفة إن تصرف الوصي ليس من جهة الأمر . ألا ترى أنه يتصرف مع
انقطاع أمر الميت بالموت ؟ وإنما هو من جهة الولاية ، فلا يجوز أن يتبع
بدلالة تصرف الأب والجد . وأما محمد فإنه ذهب إلى أن تصرف الوصي ثبت
من جهة الأمر وإن كان لا يعطل بالموت ، فصافى باب التبعض // [ف ١٢٥]
كتصرف الوكيل يكون مقصوداً على ما جعل إليه . والجواب عن هذا أن كونه
في الابتداء ^(٣) من جهة الأمر لا يقدح فيما قلنا إنه يتصرف بعد الموت من جهة
الولاية في أن الموصي أقام مقام نفسه ، فيكون تصرفه عاماً كتصرف الموصي .
ويجوز أن يمتنع لأن حنيفة بأنهم جميعاً قد اتفقوا على أن تصرف الجد
لا يتبع ، والملة ^(٤) فيه تصرف بموت الميت في شيء مامن التركة . وهذا المعنى
موجود في الوصي بشئ . بعينه ، لأنه قد جاز تصرفه في شيء ما بموت الموصي
فوجب أن يكون عاماً ^(٥) .

فإن قيل : ما أنكرت أن تصرفه مقصور على ما يجعل إليه الموصي وإن
كان فيه تبعض تصرف الوصي كما قلتم في الموصي إذا قال له : أنت وصي
لموت فلان ، أو : إلى أن يبلغ ولدي هذا ، إن تصرفه يكون مقصوداً
على ما نص عليه الموصي وقد قدم فلان ، أو بلغ الصبي خرج من التصرف .
الجواب أن كونه مقصوداً على التصرف في وقت دون وقت لا يوجب التبعض
لأن الولاية قد ثبتت على هذا الوجه . ألا ترى أن الأب أن يتصرف على
الصغير إلى وقت البلوغ ، وبعد بلوغه ليس له أن يتصرف عليه مع كونه
متصرفاً بالولاية ؟ وليس كذلك مستثناً لأن كونه مقصوداً على بعض التصرف
دون بعض يخرج منه أن يكون // [ل ١٤٨] متصرفاً على جهة الولاية .

(١) ف : والمضى .

(٢) يباين ل ف .

(٣) ل : على ما قاله أبو حنيفة .

وليس لنا سبيل إلى إخراجهم من الولاية فلذلك يعم التصرف ولا يتبعض .
على أن قول أبي حنيفة غير منصوص عليه في وصية الغائب إذا قدم أنه يكون
وصياً أولاً . وإنما ذكر هذا في كتاب الوصايا ولم يذكر خلافاً . والخصاف
ذكر ما هنا وصيته إلى الإبن إذا بلغ أنها لا تجوز عند أبي حنيفة ولم يذكر
مسئلة وصي الغائب إذا قدم .

قال الشيخ : ويلبى أن لا يكون بينهما فصل في أنه لا يجوز واحد منهما
لأن تصرف من جهة الولاية فلا تبعيض . فإذا كان كذلك سقط هذا السؤال (١) .
// [ف ١٢٥ ب] .

مسئلة (١)

584

قال : { ولو أوصى إلى رجلين فأت أحدهما ولم يُوصى إلى أحد (١)
فليس للوصى الآخر أن يعمل شيئاً حتى يرفع ذلك القاضي . فلما أن يفرد
بالوصية ويأمره بالقيام بتركه الميت ، وإما أن يجعل معه وصياً آخر مكان الميت } .
هذا على قول أبي حنيفة وعبد ، من قبل أن الموصى لم يرض برأى واحد .
فإذا (٢) رأى (٣) أحدهما وجب أن يضم إليه وصياً آخر . فإن رأى القاضي
أن يجعله وصياً في جميعه كان له فعل ذلك لو لم يكن وصى للميت . وكذلك
لو قبل أحد الوصيين الوصية ولم يقبل الآخر فهو مثل ذلك للعلّة التي ذكرناها
في الفصل الأول . وذكر ما هنا : لأحد الوصيين أن يُعتق العبد الموصى له
بعتقه وليس له أن ينفذ ما أوصى به من أبواب البر . وهو غلط والصواب
أن له أن ينفذ الوصايا سواء // [ف ١٣٦ أ] كانت في العتق أو في أبواب البر

(١) في ب هنا المزيد من الفرح المنوس يردد نفس اللفظ ولا فائدة في إثباتها .

(٢) ل : أحدهما .

584 (١) ساقط من ل .

(٣) ل : مات وأبى .

أو غير ذلك لما يتنا أن ذلك بمنزلة الوكالة بالهبة : إن لكل واحد من الوكيلين أن يهبه دون صاحبه ، لأنه إباحة وليس يحتاج فيها إلى الرأى ، والوصية بالصدقة على المساكين أو غير ذلك مما يكون من أبواب البر أو غيره هي مثل هذا . وأما العتق فهو أيضا يسن لأن عندم لأحد الوكيلين يعتق العبد أن يعتقه دون صاحبه إذا لم يكن عتقا على مال ، كذلك الوصية . وأيضا فإن العتق فيه إسقاط حق . ولأحد الوكيلين بالبراءة أن يبرىء المطلوب // [ل ١٤٨ ب] دون صاحبه . كذلك هذا . والمغنى الجامع بينهما أنه إسقاط حق من غير احتياج إلى رأى .

مسئلة

585

{ ولو أن رجلا مات وله ديون وعليه ديون وله أموال ، وترك ورثة فأقام رجل شاهدين أنه أوصى إليه وإلى فلان الغائب ، فإن القاضى يقبل ذلك ويكون قضاء الغائب بالوصية أيضا ، فإذا قدم وادعى الوصية لم يحتاج إلى إعادة البينة على دعواه ، ويكون وصيا . وإن أنكر الوصية صار حكم الآخر كالوصيين إذا قبل أحدهما دون الآخر إن القاضى ينظر فى ذلك ويفعل ما هو أحوط للبيت . فإن رأى أن يضم إليه غيره فعلى ، وإن رأى أن يفرد الباقي بجميع ذلك فعلى . وهذا قول أبى حنيفة ومحمد ^(١) . وأما على قول أبى يوسف فإن المحكم على الحاضر لا يكون حكما على الغائب بالوصية . وإذا قدم الغائب كلف إطاعة البينة على دعواه . وإن أنكر الوصية يكون للآخر أن يتصرف فى جميع ما يتعلق بالأوصياء { . وهذا مبنى على أصلهم فى الوصيين : هل يجوز تصرف أحدهما دون الآخر أولا ؟ فتدعها لما كان لا يجوز لأحد الوصيين "أن يتصرف دون الآخر ، قالوا ها هنا" إن الحاضر خصم عن الغائب

لأنه لا يتوصل إلى إثبات ولايته في جواز التصرف إلا بوصية الآخر ، فيكون إثباته لوصية نفسه إثبات وصية الغائب ، فلذلك ^(٢) لم يحتج أن يكلف الغائب إقامة البيئة إذا قدم . وأما أبو يوسف فإنه لما كان من أصله جواز تصرف أحدهما لم يكن في مسئلتنا الحاضر خصما عن الغائب ^(٣) لأن له أن يتصرف مع غيبة الآخر إذا ثبتت وصيته ، فلا يكون في إثبات وصيته إثبات وصية الغائب ^(٤) . فلذلك كُلف الغائب إقامة البيئة على وصيته . وأما إذا جحد الغائب الوصية فهو مثل الوصيين إذا قيل ^(٥) أحدهما الوصية دون صاحبه ؛ لأن ما هنا أيضاً وصية الجاحد قد بطئت والمدعى للوصية قد اعترف أن الموحي لم يرض برأى واحد ، فصار مثل ما ذكرنا من قبول أحد الوصيين دون الآخر // [ف ١٢٦ ب] .

586 باب الرجل يوصي إلى من لا تجوز الوصية إليه

قال ^(١) : { ولو أن رجلاً مسلماً أوصى إلى ذمى لم تهر الوصية إليه وأخرجه القاضى ^(٢) من الوصية ، وجعل وصياً مكانه } . هذا قولهم جميعاً . قال ^(٣) أبو بكر : والعقد واقع لو تصرف فيه جاز تصرفه ، إلا أن على القاضى أن يفرضه من الوصية ، كما نقول في البيع الفاسد إن الملك واقع للبشرى // [ل ١٤٩ أ] بالقبح ، ولو تصرف فيه جاز تصرفه ، ومع ذلك فعلى القاضى أن يفسخ الملك ^(٤) إذا ارتفعاً إليه . وإنما قلنا إن العقد واقع لأن النهي لم يتناول نفس ^(٥) العقد وإنما تناول معنى في العاقد لأجل الدين ، فلا يمنع وقوع العقد

(٤) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ف .

(٥) ساقط من ف .

(٢) ف : روحه الله .

586 (١) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ف . ول ج : ذلك . (٤) ف : معنى .

بدلالة عقد الوكالة بينه وبين الذمى . والمعنى 'الجامع بينهما' تملك التصرف من جهة المالك مع كون المالك له عن يملك التصرف احترازاً^(١) من العبي والعبد والمجنون . وهذا على أصل محمد يسن ، لأن تصرف الوصى من جهة الأمر عنده ، فصار مثل الوكيل . وعلى قولها لا يتصرف من جهة الأمر وإنما يتصرف من جهة الولاية . إلا أنه مع ذلك لم يخرج من أنه يملك التصرف ابتداءً من جهة الأمر ،^(٢) فلهما صحبة^(٣) في قولهم جميعاً ، سواء قلنا : إن المعنى الجامع بينهما تملك التصرف^(٤) من جهة المالك^(٥) مع كون المالك له عن يملك التصرف .^(٦) فإن قيل : إن الوصية إنما ثبتت بالموت ، وفي ذلك الحال لا يملك الميت شيئاً ، فلا يوجد من الوصى المعنى الذى وجدنا فى الوكيل وهو وجود تملك التصرف من جهة المالك . قيل له . إن جهة الوصية وإن كانت معقولة بموت الموصى فإنها تنفذ بالقول المتقدم ، وقد ملكه إياه التصرف بعد موته . وهذا ما لا خلاف فيه بين الناس ، أن الميت يملك تملك التصرف من الوصى بعد موته . فإذا كان كذلك صار من جهة الحكم كالمالك للتصرف فى تلك الحال ، فلا فرق بينه وبين الوكيل من هذه الجهة^(٧) .

وإن شئنا رددنا الوصية التى إلى الذمى^(٨) إلى الوصية التى إلى المسلم الحر والمعنى الجامع بينهما كون الوصى حراً بالغا يملك التصرف ، فلا يلزم هاتهما وصية العبد والوصى والمجنون . وهذا [أعوز]^(٩) للنظر ، وهو مستند على قولهم جميعاً^(١٠) . وأما القاضى فإنما يخرج من الوصية لأن تصرف الوصى

(٦) ل : حتى لا يلزم عليها .

(٨) ف : المالك .

(١٠) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ل .

(٧) ل : فليتنا تصحيحه .

(٩) ساقط من ل .

(١١) ف ، ج : أمود .

(١٢) ل : إذا أوصى إلى المسلم إله يجوز وللذى كون الوصى حراً بالغاً من يملك التصرف .

عند أبي حنيفة من جهة الولاية ، ولا ولاية للذمي على المسلم . وأيضاً فإن الذمي لا يأمن أن يشتري على مال الميت ما لا يحصل في دين المسلمين ، والقاضي //

[١٢٧ ف أ] مأمور بأن محتاط في مال الميت ، فيلغى أن يخرج من الوصية لكي لا يتصرف في ماله على وجه محظور فيلحقه الضرر بذلك كما قالوا جميعاً في الوصي إذا كان مسرفاً في الإنفاق على الصغير مفسداً في التصرف فللقاضي أن يخرج من الوصية . كذلك الذمي . ولا يلزم على هذا الوكيل ، لأن القاضي لا ولاية له على الموكل الحي . فليس له أن يخرج الذمي من الوكالة ، وإن كانت وكالته مكروهة عند المسلمين لما قلنا إنه لا يأمن من شراء ما لا يصلح عندنا . وأما على أصل محمد فإنه لا يجوز له أن يحتاج بالوجه الأول وهو كون تصرف الوصي من جهة الولاية ، لأن محمداً يجعل تصرفه في أكثر أحواله كتصرف الوكيل . (١٣) إلا أن الوجهين الآخرين يجوز أن يحتاج بهما جميعاً له على ما بيننا (١٤) .

587 قال : { ولو أوصى إلى عبد أو وصي أخرجهما القاضي من الوصية } . أما الصبي فقولہ کلاً قول ، فلا يجوز وصيته أصلاً ، " كما لا تصح وكالته لأنه ممن [لا] يلزمه شيء . // [له ١٤٩ ب] من حقوق العقد فصار كالغير والسفير . وهذا وإن جاز في الوكالة فيكون فيها بمنزلة الرسول . فإنه لا يجوز في الوصية لأن الوصي لا يجوز أن يتعلق به حقوق العقد ويكون فيه كالغير (١٥) ، لأنه قائم مقام الميت ولأن حقوق العقد لا تغلو من أن يلزم العاقد أو الموقوف له إذا كان بعينه . فحين لو لم يلزم الوصي حقوق العقد وجب أن يلزمها الميت أو الصبي . والميت والصبي (١٦) جميعاً لا يجوز أن يلزم شيء في حال موت الميت وصغر الصبي بعقد يفقده غيرهما . فإذا كان كذلك لم يجوز أن يجعل

(١٣) ساقط من ل .

587 (١٤) الاعتقاد هنا على ل . وف بفس المني ، لأنها إعادة .

(١٥) ساقط من ل .

الصغير وصياً بحال إذ لم يجوز أن يلزمه حقوق العقد فيمنع من كونه وصياً . وهذا يتسبب في الصبي المحجور عليه . ألا ترى أنه لو أقر على نفسه بدين لم يجوز ، فكيف يجوز أن يلزمه حقوق عقد غيره ؟ وأيضاً كما لا يجوز أن يعقد لنفسه فهو على عقد غيره أخرى أن لا يجوز^(٣) ، لأن المعنى المانع من تملكه عقد نفسه إنما هو كونه ممن لا يملك التصرف . وقوله كلاً قول في الحكم . وهذا موجود في عقد غيره . وأما العبد فهو مثل الذي في باب أن عقد الوصية واقع ، لأنه ممن يملك التصرف إلا أنه ممنوع من ذلك بحق^(٤) المولى . ألا ترى أن إقراره على نفسه جائز ، ويؤخذ به بعد العتق ؟ فإذا كان كذلك فالعقد واقع به بدلالة الحر المسلم الذي له قول صحيح . وهذا بين^(٥) في العبد^(٦) إذا كان مأذوناً ،^(٧) لأنه يتعلق به حقوق العقد أيضاً إذا كان مأذوناً ، وهو ممن له قول فصار بمنزلة الحر المسلم البالغ^(٨) . وأما إذا كان محجوراً فإن حقوق العقد إنما تلزمه لحق الغير . ألا ترى أنه يؤخذ بحقوق العقد // [ف ١٣٧ ب] بعد العتق فلا يمنع ذلك إيقاع عقد الوصية . إلا أن على القاضي أن يخرج من الوصية لأنه عبد ولا ولاية للعبد على أحد . وقد بينا أن تصرف الوصي من جهة الولاية على قوله . وأيضاً فإن العبد لا يملك التصرف بنفسه^(٩) وإنما يملك من جهة المولى ، فصار في هذا مثل الصبي لكونه غير مالك للتصرف بنفسه^(١٠) .

٥٦٨ قال : { فإن لم يخرج القاضي الذي ولا العبد ولا الصبي من الوصية حتى أسلم الذي وأعتق العبد وبلغ الصبي فإن أبا حنيفة قال : وصية الذي والعبد جائزة ، ولا تجوز وصية الصبي . وعند أبي يوسف تجوز الوصية إليهم جميعاً } . ولم يذكر قول محمد . أما الذي والعبد فإنما جازت الوصية إليهما عندهم جميعاً لأن عقد الوصية إليهما قد وقع ، وإنما منتهاهما من التصرف لمخفى في غير العقد

(٣) ف : يملك .

(٤) ل ، ج : الحق .

(٥) ساقط من ف .

(٦) ساقط من ل .

(٧) ساقط من ل .



وهو كسر الذى ورق العبد . فلما زال ذلك المعنى قبل إخراجهما من الوصية لم يجوز للقاضى // [ل ١٥٠ أ] أن يخرجهما منها لمعنى قد زال عنهما . وإيضاً فإن ابتداء حال الوصية أكد من حال البقاء . ألا ترى أن الموصى لو أوصى بملك الغير فى الابتداء لم يجوز وإن ملكه فى الثانى ، ومع ذلك قد كان^(١) بقاء الوصية فى ملك الورثة ، وتكون موقوفة على إجازتهم . فإذا كان كذلك فابتداء الوصى الذى بعد الإسلام ، والعبد بعد العتق جائز . ولا يمنع البقاء أيضاً . ولا يلزم على هذا وصية الصبي بعد البلوغ لأن الوصية له قبل البلوغ لم تكن واقعة حتى يجوز أن يقال : إن البلوغ لا يمنع بقاءها كما لا يمنع ابتداءها .^(٢) ووصية العبد والذى واقعة باقية إلى حال الإسلام والعتق فلا يمنع^(٣) البقاء بعد ذلك مع جواز ابتداءهما فى الحال . وأما أبو يوسف فأنما أجاز وصية الصبي بعد البلوغ ، وفرق بينهما وبين سائر العقود التى يعقدها فى حال الصغر ثم يبلغ أنها لا تجوز ، وكذلك حكم الإقرار لا يلزمه عديم جميعاً ، لأن من أصله أن الموصى^(٤) لو قال : إذا أدرك ابنى هذا فهو وصى يكون وصياً إذا أدرك وإن لم تصح وصيته فى الحال . وكذلك هذا وإن لم يكن وصياً^(٥) فى الحال فإن الموصى قد جعله وصياً بعد البلوغ لأن الوصية مطلقة^(٦) فى حال الصغر والكبر جميعاً . فلما لم تثبت وصيته فى حال الصغر ولم يخرج منها حتى صار إلى حال يجوز إليه فيها الوصية صححت بقول الموصى أنه وصى ، لأن جعله وصياً فى جميع الأوقات إلى أن مات . وأما أبو حنيفة فإنه لم يجوز ذلك كما لا يجوز عنده لو قال : إذا أدرك ابنى هذا فهو وصى ، لأن نفس العقد لم يقع ، لأن قوله كلاً قول بدلالة قوله فى الإقرار وسائر العقود : إنها لا تنفذ بعد البلوغ لكونها غير واقعة فى الحكم . كذلك ما ذكرنا من الوصية // [ف ١٢٨ أ] فيجب أن لا يصح فى الثانى .

(٢) ساقط من ل .

588 ل (١) جاز .

(٤) ساقط من ل .

(٣) ف : الوصى .

قال : { ولو أن رجلاً أوصى إلى عبده ، وورثته صغار ، فهو جائز . وإن كان فيهم كبير لم تجز الوصية إليه . وهذا قول أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لا تجوز الوصية إلى عبده بحال } . قال ^(٢) أبو بكر الشيخ : هذه المسئلة مشكلة على مذهب أبي حنيفة ، خاصة ^(٣) إذا كان المولى يوجب قطع الإذن من المولى والحجر على العبد ، ^(٤) لأن العبد يصير محجوراً^(٥) ، وتصرف المحجور عليه لا يجوز . إلا أنه ليس معنا^(٦) أن الإذن ينقطع بالموت ، فوجه مشكلتنا الموت ، ويجوز أن لا ينقطع . ^(٧) فإن حللنا المسئلة على أن إذن المولى لا ينقطع بموته^(٨) فوجه مسئلتنا على هذا الأصل أن الصغار ممن يولى عليهم والاب قد جعل الأمر إلى العبد وأذن له في ذلك ، فجاز تصرفه عليهم كما جاز في حياة الأب بإذنه . والمعنى الجامع بينهما كون العبد مأذوناً في التصرف على من يملك الإذن في التصرف عليه . ولا يلزم على هذا // [ل ١٥٠ ب] الورقة إذا كان فيهم كبير لأن العبد وإن كان إذن المولى لم ينقطع في ذلك فإن الكبير لا ولاية^(٩) عليه . فلا يملك العبد التصرف عليه كما كان المولى نفسه لا يملك التصرف عليه . ^(١٠) فإذا لم يملك التصرف على الكبير ، ملك الكبير تصرفه في نفسه من العبد ، فصار ذلك التصيب من العبد محجوراً عليه^(١١) . فإذا صار بعضه محجوراً عليه صار الكل محجوراً لأن الحجر لا يتبعض . وأيضاً إذا ثبت أن نصيب الكبير لا يجوز أن يكون وظيفه^(١٢) لثبوت ولاية الكبير

(٢) ف : هيخا رحمه الله .

(٤) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ل .

(٨) ساقط من ف ، ج .

569 (١) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ل .

(٥) كذا في الأصل .

(٧) ف : يولى .

(٩) ساقط من ل .

عليه ، لم يجر أن يكون في الباقي أيضاً وصياً ، لأننا لم نجد في الأصول شخصاً واحداً نصفه وصى ونصفه غير وصى ، فتبطل وصيته من هذه الجهة أيضاً . وليس كذلك الورثة إذا كانوا كلهم صفاراً لأن العبد وإن كان مملوكاً لم يقاتم ولا يملكون التصرف عليه بدلالة أنهم ممن تولى عليهم ، فلا يملكون ولاية أنفسهم في التصرف . فإذا كان كذلك وثبت أن مالك العبد في هذه الحال لا يمل عليه وإن كان ممن له التصرف على الصفار قد أقامه مقام نفسه جاز تصرفه عليهم مع كونه مملوكاً لهم . وليس هذا لعبد غيره . إن الوصية إليه غير جائزة سواء كان مأذوناً أو محجوراً ، لأن الموصى وإن أقامه مقام نفسه فإن العبد لا يملك التصرف من جهة مولاه ويؤلى عليه ، فصار مثل العبي الذي لا يملك التصرف^(١٠) عليه ، فلا تصح الوصية إليه . وأما هذا العبد فلا يلى عليه أحد بعد موت الموصى ، وهو ممن يلى في هذه الحال إذا كان إذن المولى له باقياً ولا يلى عليه أحد ، فصار كالحر من هذه الجهة لكونه ممن يلى في الحال ولا يؤلى عليه ، وأما إذا [ف ١٢٨ ب] يصير العبد محجوراً عليه بموت المولى وينقطع إذن المولى فإن وجه المسئلة مشكل على هذا . وإلى هذا ذهب أبو يوسف ومحمد فقالا : إن العبد قد صار محجوراً عليه بموت الموصى ، وتصرف المحجور عليه غير جائز على أحد . فوجب ألا تصح الوصية إليه .

570 قال : { ولو أوصى إلى مكاتبه كان جائزاً } لأن المكاتب يملك التصرف بنفسه ولا يصير محجوراً عليه بموت المولى ، ولا يؤلى عليه سواء كانت الورثة صفاراً أو كباراً . فإذا كان كذلك صار مثل الحر في باب جواز الوصية إليه لكونه مالكا للتصرف بنفسه ، وليس هناك من يؤلى عليه^(١١) وسواء كان المكاتب للموصى أو لغيره لوجود المعنى الذي قلنا فهما جميعاً^(١٢) .

(١٠) ف : ومولا .

(١١) سابقا من ل .

571 قال : { وإن // [١٥١ أ] لم يوص إلى أحد ولكن قال : إذا أدرك ابني فلان فهو وصي في كذا وكذا فإن أبا حنيفة قال : لا يكون الإبن وصياً لما بلغ أيضاً . وقال أبو يوسف : يكون وصياً . ويبنى أن يكون قول محمد أيضاً { . قال "أبو بكر" : وذكر محمد في الأصل : لو قال : قد أوصيت إليك فإذا قدم فلان فهو وصي دونك ، إن القادم يكون وصياً . " ولم يذكر خلافاً . وقال أبو يوسف في موضع آخر : إن القادم كان وصياً " ولا يخرج الأول أيضاً من الوصية . وما هنا قال : لا يجوز أن يكون الإبن وصياً عند أبي حنيفة سواء كان أوصى إلى غيره إلى وقت بلوغ ابنه ثم يكون الإبن وصياً أو لم يوص إلى غيره في الابتداء أو يترك الأمر على بلوغ العبي . فإن الإبن لا يكون وصياً وليس يبنى أن يكون من بين هذه المسئلة وبين مسئلة القنوم فرق على قوله . فوجه قوله : إن من أصله تصرف الوصي من جهة الولاية فلا يتبع في وقت دون وقت كما لا يتبع في شيء دون شيء عنده " . فإذا كان كذلك وثبت أن الإبن ليس يجوز أن يكون وصياً في حال الصغر أو وصى إليه لم يجز أن يكون وصياً بعد البلوغ إذ الوصية لا تتبع : إما أن يكون وصياً في جميع الأشياء وفي جميع الأوقات على العموم ، وإما أن لا يكون وصياً في شيء من الأشياء ولا في وقت من الأوقات . وقد بينا أن هذا لا يجوز أن يكون وصياً في وقت ما ، فوجب أن لا يكون وصياً في سائر الأوقات . ويبنى أن تكون "مسئلة القنوم" مثل هذا اللفظ التي بينا ، "وأن يكون ما لزمت من مسئلة القنوم على المسئلة المتقدمة إذا أوصى إليه بشيء بعينه يكون وصياً على العموم . وعند أبي حنيفة لا يكون سؤالاً عليه " إذا كان القياس

571 (١) ف : رحمه الله . (٢) ساقط من ف .
(٣) ساقط من ل . (٤) ل : المسئلة المتقدمة .
(٥) ساقط من ل .

يرجى أن لا يفرق بين المستثنين عن أصله ، "فتكون المسائل مستمدة على أصل // [ف ١٢٩ أ] واحد^(٦) . وهو أن تصرفه من جهة الولاية فلا يتبعض غير مسألة الوصيين ، فإنه لم يجوز تصرف واحد منهما دون الآخر مع كونه متصرفاً من جهة الولاية . وقد بينا أن العلة المانعة من تصرفه بنفسه^(٧) دون صاحبه^(٨) ليس كونه متصرفاً من جهة الولاية ، وإنما هي أن الموصى لم يرض برأى أحدهما ولا ياتيه دون الآخر . فذلك لم يجوز له أن يتصرف وحده وليس يمنع^(٩) أن يكون التصرف عاماً في جميع الأشياء من جهة الولاية . ومع ذلك^(١٠) يكون عموداً من التصرف وحده عنده . ألا ترى أن الأب يتصرف من جهة الولاية^(١١) ومع ذلك يقول في الاثنين لا يتصرف أحدهما على الصغير دون الآخر لأنه // [ل ١٥١ ب] يكون أحوط لمالك الصغير . وكذلك قالوا جميعاً إن الموصى إذا وصى إلى رجل واحد كان الوصى مالكا للتصرف في مال الموصى على العموم . ومع ذلك لو أن القاضى رأى أن يضم إليه آخر ليكون أحوط لمالك الميت كان له ذلك ، ولا يكون لوصى الميت أن يتصرف دون وصى القاضى مع كونه مالكا^(١٢) للتصرف على العموم . كذلك نفس الوصية وإن اقتضت التصرف على العموم فإن الموصى إذا لم يرض برأى واحد فلم يجوز لواحد منهما أن يتصرف دون صاحبه . وليس في هذا تبعيض للوصية لأنه لا شيء من الأشياء ينص عليه عما يتعلق بالأوصياء إلا وجاز لكل واحد من هذين أن يتصرف فيه بالوصية الأولى بأن انضم إليه إذن الآخر ، فيجوز تصرفه . وليس كذلك الوصى في شيء بعينه أو في وقت بعينه لأننا إذا لم نجوز تصرفه إلا في الشيء الموصى به له في الوقت الذى خصه

(٦) ف : وإذا كان كذلك جرت هذه المسائل كلها مجرى على أصل واحد .

(٧) سابقاً من ل . (٨) ف : له أن يمنع .

(٩) سابقاً من ل . (١٠) ف : مانعاً .

بالتصرف كناقده أبطلنا التصرف في سائر الأشياء وسائر الأوقات من حيث لا يتوصل إلى تصرفه بحال إلا بمقد مستأنف . أما من جهة القاضي أو من يقوم مقامه في التصرف على الصغير فيكون في هذا تبعيض الوصية .
 "ولا يكون في الباب الأول تبعيض في الوصية"^(١١) .

أما في قول أبي يوسف فإن مسئلتنا مبنية على ما تقدم من رواية الخصاص عند أبي يوسف كل واحد من الوصيين يكون وصياً فيما أوصى إليه . فبعض الوصية في تلك المسئلة على رواية الخصاص . كذلك ما هنا يجوز أن نبعض الوصية^(١٢) في وقت دون وقت . وقد قلنا فيما تقدم أن الذي حكاه عن أبي يوسف يلغى أن يكون قول محمد وأن قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة في تلك المسئلة ، وأن كل واحد منها وصى في جميع المال كما قال محمد في كتاب الوصايا . فمسئلتنا على رواية الخصاص بينة في قول أبي يوسف . والصواب أن أن يكون هذا قول محمد ، وأن يكون قول أبي يوسف في هذه المسئلة وفي تلك المسئلة // [ف ١٢٩ ب] المتقدمة مثل قول أبي حنيفة وأن تصرفه لا يتبعض فإن صح في شيء أو في وقت صح في جميع الأوقات والأشياء على العموم . وإن بطل في شيء بطل في الكل . وهذا على أصله^(١٣) وبين وأخرى^(١٤) على المسائل من قول أبي حنيفة ، لأنه قال في الوصيين^(١٥) : يتصرف كل واحد منهما بنفسه دون إذن صاحبه في جميع التركة لأن تصرفه من جهة الولاية . فيلغى على هذا القياس // [ل ١٥٢ أ] أن يتصرف في جميع التركة إذا أوصى إليه بشئ بعينه ، إذ الوصية لا تتبعض ، إذا ثبت في شيء ثبت في الكل .

572 قال : { ولو كان الميت لم يوصر إلى أحد وله أولاد صغار وله أب

(١١) ساقط من ل . (١٢) ساقط من ف .

(١٣) ل : بين آخره . - (١٤) ف : الوصية .

كان أبوه بمنزلة الوصى في جميع ما ترك الابن { يعنى ابن الجدد - وذلك أن الجدد يملك التصرف على الصغير إذا لم يكن هناك أب أو وصية ، عند الجميع لا اختلاف فيه . " فإذا كان كذلك وجب أن يتصرف الجدد في مثلتنا أيضاً على الصغار وينفذ وصايا الميت كما كان الوصى ينفذها لو كان هناك وصى " .

573 قال : { ولو كان على الميت دين كثير والورثة صغار فترك ماله وعقاراً لم يكن للجدد أن يبيع شيئاً من ذلك { لأن الجدد إنما يتصرف على الصغير دون الميت ، لأن تصرفه غير جائز على الميت إذا لم يكن الميت أقمه مقام نفسه في التصرف عليه ، ولا يملك التصرف على الميت في حال موته لأن الميت كان يولى عليه في حال حياته . فإذا كان كذلك ثبت أن تصرف الجدد على الصغير دون الميت وليس في بيع التركة . ها هنا تصرف على الصغير لأن الصغير لا يملك التركة إذا كان هناك دين كثير فيكون باقيه على ملك الميت لحق الغرماء ، فليس للجدد أن يبيع على الميت ولا على الغرماء شيئاً " (١) .

فصل (١)

574

قال : { ولو أن رجلاً أخذ لابنه الصغير في التجارة فاستدان ديناً ، ثم مات الابن الصغير وترك ماله وعقاراً والذين يسيطع بما ترك لم يكن لأبيه أن يبيع شيئاً مما ترك الابن { . وهذا بين على العلة المذكورة في المسئلة الأولى وهو أن الجدد لم يكن يملك التصرف على الميت في حال حياته ، فلا يملكه بعد موته أيضاً إذا لم يوص إليه . وها هنا أيضاً الأب لم يكن يملك التصرف في مال الصغير // [ف ١٣٠ أ] إذا كان عليه دين يسيطع بما له لحق الغرماء

572 (١) ل : ٩٦ بمنزلة الأب ، وهذا في استحقاق الولاية على الصغار وأخذ الوصايا .

573 (١) مزيد هنا في ف شرح بنفس المعنى فلا فائدة في إثباته .

574 (١) ساقط من ل .

كذلك بعد موته . وكذلك العبد المأذون إذا مات وعليه دين أو حجر عليه المولى ، لم يكن للمولى أن يبيع ملكه لحق الغرماء كما لم يكن يملك التصرف فيه حال حياة العبد وإذنه له . كذلك بعد موته وانقطاع إذنه .

٥٧٥ باب ما لا يجوز من فعل الوصى أن يفعله في مال اليتيم

قال : { وليس للوصى أن يشتري شيئاً من تركه الميت ، فإن اشترى شيئاً فظن في ذلك ، فإن كان // [ل ١٥٧ ب] خيراً لليتيم جاز عند أبي حنيفة وإن لم يكن خيراً له لم يجر . وقال أبو يوسف وعمر : لا يجوز شراؤه من مال اليتيم في الوجهين { . قال الشيخ : القياس يمنع جواز شراء الوصى من مال اليتيم على كل حال لأنه يشتري من نفسه لنفسه ^(١) . والإنسان لا يكون بانياً من نفسه ومشترياً لنفسه . وهذه الملة أيضاً قالوا في الأب إنه لا يجوز أن يشتري شيئاً من مال الصغير في القياس . ولكن استحسنا فأجازوا شراءه منه مما يتغابن الناس فيه مثل ما يبيعه من غيره عندهم جميعاً في الأب . وأما في الوصى فإنه إذا كان خيراً لليتيم فإنه يجوز عند أبي حنيفة استحساناً ^(٢) . ووجه الاستحسان في الوصى في قوله أبي حنيفة " قوله تعالى (وَلَا تَسْفِرُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) " ^(٣) فنع أن يقرب أحد مال اليتيم فاستثنى حال الإحسان له والأحسن له - أن يكون قيمة ما أعطاه أكثر مما أخذه من اليتيم ^(٤) فإذا وجد هذا المعنى جاز بالظاهر ، وما عدا هذه الحال لم يجر لعدم الظاهر إذ القياس بمنه ^(٥) . وأما أبو يوسف وعمر لعملا أمره على القياس وفرقاً بين الأب والوصى فقالا : ^(٦) لا يكون الأب يملك التصرف

عليه بنفسه ويحتاج في مال الصغير ما لا يحتاج غيره . وليس هذا المعنى موجوداً في الوصى . ووجه الاستحسان في جواز شراء الأب من مال الصغير وإن لم يكن قيمة ما أعطاه أكثر مما أخذه من مال الصغير إذا كان ذلك مثل ما يتفان الناس فيه إذ الأب يستحق الولاية على ابنه الصغير بنفسه فصار ، كولاية الإنسان في مال نفسه . والمعنى الجامع بينهما كونه مالكا للولاية للتصرف بنفسه . فإذا كان كذلك صار الأب في بيع مال الصغير كالصغير بنفسه إذا باع وهو كبير واشترى الأب لنفسه فيجوز . وهذا المعنى غير موجود في الوصى .

576 قال : { وليس لأحد الوصيين أن يبيع شيئاً من الوصى الآخر من مال اليتيم في قول أبي حنيفة وعمره (١) ، ويجوز في قول أبي يوسف إذا لم يكن فيه محاباة } . ووجه قول أبي حنيفة إن أحد الوصيين ليس له أن يتصرف في مال اليتيم (٢) // [ف ١٣٠ ب] دون صاحبه عنده . فكذلك ما هنا إذا باع أحدهما من صاحبه ، فقد تفرّد البائع بالبيع دون صاحبه فلا يجوز عنده . فقيل للشيخ رحمه الله : قلّيم لا يكون دخول الآخر معه في عقد البيع والشراء إذناً منه (٣) لصاحبه في البيع (٤) ، فقال : (٥) لا يكون إذناً (٦) لأن إذن الإنسان لا يصحّ في بيع ما يشتره هو . ألا ترى أن الوصى لو وكلّ رجلاً ببيع مال اليتيم جاز ، ولو وكله بأن يبيعه منه لم يجر لأن الوكيل يقوم مقام الموكل فصار الموكل نفسه ، وهو الوصى ، بائعاً من نفسه ومشترى لنفسه في التحقيق // [١٥٣ أ] ، فلا تصح الوكالة بذلك . فإذا كان كذلك لم يكن دخوله في العقد (٧) مع الوصى الآخر إذناً له (٨) في البيع (٩) . وأما على أصل

(٣) ساقط من أ .

576 (١) ساقط من ف .

(٢) ل : في ذلك .

(٥) ل : الذي .

(٦) ف : الصغير .

(٧) ساقط من ف .

(٨) ساقط من ل .

أبي يوسف فإنه يجوز لأن من أصله جواز تصرف أحد الوصيين دون الآخر . فكذلك ما هنا إذا انفرد أحد الوصيين بالبيع جاز ويكون شراء صاحبه منه لنفسه صحيحا ، كما يجوز بيعه من غيره ، لأن الذي منع جواز شراء الوصى من مال اليتيم عنده وعند محمد كون الرجل الواحد بالما ومشترى ، لأن ذلك معدوم في الأصول إلا ما خص الأب لليلة التي ذكرناها . وما هنا للمعنى المانع^(٧) من جواز شراء الوصى معدوم لأنه قد حصل في العقد بائع ومشتري يجوز كما يجوز في سائر الناس .

577 قال : { وليس للوصى أن يُقرض من مال اليتيم شيئا ، وإن أقرضه صار ضامنا له } ، لأن القرض تبرع ، وليس لأحد أن يتبرع بمال اليتيم . والذين يبين أن القرض تبرع اتفاق الجميع على أنه لا يجوز للأذن والمبكات أن يُقرضا لأنه ليس لهما أن يتبرعا بما في أيديهما ، فثبتا^(٨) من القرض كما مُنعا من المحبة والصدقة لكونهما تبرعا . وأيضا فإن الذي يأخذه المقرض من المستقرض من الثاني^(٩) غير مأخوذ على وجه البذل ، لأنه لو كان كذلك^(١٠) كان ذلك يباحا ، ولو كان يباحا جاز أن يفارقه حتى يقبض^(١١) . كما لا يجوز في عقد الصرف لأنه يكون حينئذ تمليك ذهب بذهب أو فضة بفضة . فلا يجوز أن يفارقه في هذا من غير قبض : فلما اتفق الجميع على إقتراق^(١٢) المقرض والمستقرض قبل أن يحصل للمقرض بدل ما أقرض صاحبه ، علمنا أن المأخوذ في الثاني^(١٣) ليس على وجه البذل . وإذا كان كذلك حصل القرض

(٧) ساقط من ل .

577 (١) ل : جميعا .

(٢) كذا في الأصل ، ولعل المراد : الوض أو ما شابه ذلك .

(٣) ف : ما جاء الإقتراق من ضم فيض .

(٤) ل : جواز مفارقة .

للمستقرض بنير بدل فصار مثل الهبة . فكلّ من لا يجوز هبه لا يجوز
قرضه . فلما كان الوصى لا يجوز هبه لمال اليتيم كذلك لا يجوز قرضه .
"ولا يلزم هذا قرض" القاضى لغيره من مال اليتيم . "إنه يجوز" لأن
قرض القاضى لا يكون تبرعا لأن فعله واقع على وجه الحكم . ألا ترى أنه
مضى ما أراد يأخذ القرض من المستقرض به من غير ارتفاع إلى قاض وإقامة
الينة على ذلك إن جحد ؟ فصار بمنزلة [ف ١٣١ أ] النوى المحكوم به
عليه . فإذا كان كذلك لم يكن واقعا على وجه التبرع ، وإنما يكون واقعا على
وجه الحكم . فصار كأنه قال : [ل ١٥٣ ب] قد دفعت إليك هذه الألف
درهم من مال اليتيم وحكمت له عليك بألف درهم ، فيكون ذلك أحوط لمال
الصغير وأمنع له . فلا يكون ذلك تبرعا . وهذا المعنى خير موجود فى قرض
الوصى ، لأن قوله وفعله لا يكون حكما على أحد ، ومضى ما أراد إثبات شيء
احتاج إلى إقامة الينة على قوله ^(١) . فان كانت له ينة وإلا لم يقدر على إثبات
شيء على المدعى عليه . فإذا كان كذلك لم يخرج القرض من حال التبرع
فلا يجوز .

578 قال : { ولا يجوز إقرار الوصى بدين على الميت ولا بوصية أوصى
بها الميت لإنسان ، ولا شيء فيما فى يديه من تركه الميت إن أدّاه إنسان
وأقر به الوصى . فأقراره باطل إلا أن يكون وارثا فيجوز فى نصيبه دون
نصيب سائر الورثة } . وذلك أن حكم إقرار الإنسان أن يكون مقبولا على
نفسه ، غير مقبول على غيره ، "فلا يجوز إقرار الوصى على اليتيم" . وأيضا
فإن الوصى قام مقام الأب ، والأب لو كان حيا لم يحز إقراره على الصغير .

(٥) ل : وليس هذا القرض .

(٦) ساقط من ل .

(٧) ف : دموا .

578 (١) ساقط من ب .

كذلك الوصى . وأيضاً فإن هذا الإقرار من الوصى على وجه الشهادة بدلالة أنه لو ضم إليه شاهداً آخر يشهد بمنزلة شهادته حكم الطالب بالمسال . فإذا كان كذلك لم يجوز قبول قول شاهد واحد على المتهود عليه في الأصول فيعطل . وأما إذا كان وارثاً فإنما جاز في حصته لأنه أقر على نفسه ، ويجوز إقرار الإنسان على نفسه .

579 قال : { وليس للوصى أن يبرئ أحداً من غرماء الميت ولا يحبط عنه شيئاً ولا يوجه ما عليه } ، من قبل أن في هذا ضرراً على الميت والعصى ، وليس للوصى أن يضر بالميت ولا بالعصى ، لأنه لو فعل ذلك خرج من أن يكون وصياً لا ولاية لأحد على العصى ولا على الميت فيما يضر به .

580 قال : { ولا يصالح من حق الميت على إنسان - يعني لا يصالح على معنى أن يحبط عن المطلوب شيئاً بالصلح . فإذا لم يحبط عنه شيئاً وصالحه بما عليه على مال قيمته مثل قيمة ما عليه ، كان جائزاً وصار مثل الدين الذي عليه بمنزلة قيمته ، فيجوز } . وأما على الوجه الأول فإنما لم يجوز لأنه ممنوع من براءة المطلوب من الدين ، فلا يجوز تصرفه .

581 قال : { ولا يصالح^(١) أحداً ادعى على الميت شيئاً فيصالحه على مال الميت فيدفعه إليه إلا أن يكون للدعي عليه بينة تشهد له على الحق الذي ادعاه على الميت^(٢) } ، وهي بينة عادلة ويكون القاضي قد قضى له بحق على الميت { لأنه [ف ١٣١ ب] إذا [ل ١٥٤ أ] صالحه عن دعوى للدعي من مال الميت قبل ثبوته على الميت ، فإنه قد ملك غيره من مال الميت مالا من غير حصول البدل للميت في الظاهر . فصالحه فلا يجوز . وأما إذا صالحه عنه

بعد ما ثبت ، فهذا إن كان فيه حظ ، فهذا أنفع للميت ^(١) لأن فيه حظ بعض ما عليه ^(٢) ، وإن لم يكن فيه حظ فهو قضاء دين الميت . وللوصى أن يقضى دينه .

582 باب ما يكون فيه قبول الوصية وما يكون ردا لها

قال ^(٣) : { ولو أن رجلا أوصى إلى رجل ، فقال الموصى إليه في وجه المريض الموصى : لا أقبل هذه الوصية ، ثم مات الموصى ، فليس للموصى أن يقبل بعد ذلك ، وقد بطلت الوصية إليه بالرد ^(٤) لأن هذا ليس بعد تمليك وإنما هو عقد إباحة . وقد وقع في وجه الموصى في الحال وإن كان تصرف الموصى يتعلق على ما بعد الموت . فإذا رده في وجهه صح الرد ، مثل الموكل إذا قال للوكيل : إذا جاء غد فأنت وكيل في بيع هذا العبد ، إنه يكون وكيلاً له إذا جاء ^(٥) غد ، ومع ذلك لو رد الوكالة في وجهه قبل بيعه غد انفسخت ، فكذا الوصية . والمعنى الجامع بينهما كون كل واحد من العقدين عقد إباحة دون التمليك . ولو كان رده في غير وجهه في حال حياته أو بعد موته لم يكن رده رداً لأن العقد قد صح من جهة الموصى فلا يصح فسخه إلا في وجهه ، كالوكالة لا يصح فسخها من جهة الوكيل بغير محضر من الموكل أو [من] ^(٦) يقوم مقامه . وموته يوجب عدم الحضور ، فلا يصح الرد . فصار موقوفاً على حكم القاضى الذى يقوم مقام الميت في صحة الرد إذا حكم به . فإذا قبله قبِل القضاء بالرد جاز قبوله .

قال ^(٧) : { والكتاب والرسالة بالرد إذا وصل إلى الموصى في حال حياته

• (٣) ساقط من ل .

• (٤) في الأصل : ما .

• 582 (١) ساقط من ل .

• (٢) ساقط من ف .

يقوم مقام الرد في وجهه { ، لأن الكتاب يقوم مقام الكتاب في معنى العادة عنه ، والرسول يقوم مقام المرسل فيما يعبر عنه . فلذلك صح الرد . فإن مات الموصى قبل وصول الكتاب والرسالة إليه لم يصح الرد كما قلنا في الرد في غير وجهه .

قال : { ولو كان قبلها // [ل ١٥٤ ب] في حياة الموصى ثم ردها في وجهه كان ذلك رداً { ، كما قلنا في الوكالة . ولو كان رده بعد موته لم يصح ، كما قلنا في الوكالة إذا ردها في غير وجه الموكل لم يصح رده . كذلك هذا .

583 قال : ولو كان أوصى لرجل بثلك ماله فقبل الموصى له الوصية في حياة الموصى ، أو رد الوصية في وجهه ، لم يكن قبوله ورده في حياته شيئاً مالم يميت الموصى . // [ف ١٣٢ أ] وقال زُفَر : يصح قبول الوصية وردها في وجه الموصى كما قال في الموصى إليه { . لآبي حنيفة " وسائر أصحابه " أن عقد الوصية للموصى له عقد تمليك ، فالقبول والرد يُعتبر بهما حال وقوع الملك بدلالة الزوج إذا قال لرجل : قد جعلت أمر امرأتى بيديك خدأ ، كان قبوله ورده في حال العقد وقبل بحقه النقد ليس بشيء ، مالم يحق النقد ، لأن الملك فيه يقع . كذلك ها هنا كان وقوع الملك للموصى له بعد الموصى ، ولم يكن لقبوله ورده الوصية في حياة الموصى حكم ، ولا يلزم على هذا البيع إذا كان فيه خيار البائع لأن الملك لا يقع إلا بعد بطلان خيار البائع . ومع ذلك يُعتبر " قبول المشتري البيع في حال العقد دون غيره ، لأن عقد البيع لا يصح وقوعه من جهة البائع إلا بقبول المشتري . فإذا قبل المشتري صح وقوعه وتعلق به التمليك للمشتري في الحال . إلا أن البائع قد شرط لنفسه فسخ العقد الذي تعلق به التمليك فيمنع وقوع الملك للمشتري مالم يُعطل

الباع خياره . فإذا بطل الخيار ملك المشتري بالعقد المتقدم ، ولا يملكه عند بطلان الخيار^(١) . ألا ترى أنهم قالوا في العبد المشتري إن صدقة الفطر على المشتري وإن كان بطلان خيار الباع بعد يوم الفطر ؟ فإذا كان كذلك لم يخرج^(٢) العقد من أن يكون التملك متعلقاً به ، فلذلك وجب أن يعتبر القبول والرد حال العقد . وليست مسئلتنا أيضاً كالعتق على مال إلى ستة ، إن الرد والقبول في حال العقد من جهة العبد وإن كان العتق قد صرح من جهة المولى حتى لا يقدر على الرجوع فيه ، لأن عقد العتق ليس 'عقد التملك' ، وإنما هو إسقاط الرق . فلا يلزم على ما قلنا . وأيضاً^(٣) فإن العتق بالمال هناك يقع في [ل ١٥٥ أ] الحال عند القبول ، فصار من هذه الجهة كالبيع في أن الموقوف عليه يقع في الحال ، فلذلك وجب أن يعتبر قبوله ورده في حال العقد . وأما زُفر فإنه شبه الوصية بالمال بالوصية [للموصى]^(٤) إليه والمعنى الجامع بينهما صحة العقد من جهة الموصى في الوجهين جميعاً . ومسئلة الأمر بطلاق المرأة في الغد لا يعرف فيها قوله . فإن ارتكب الباب مراً على القياس ، لمحتد يحتاج إلى أن يرجع إلى معنى آخر في الاستدلال على صحة مذهب سائر أصحابنا . فإن قال في تلك المسائل مثل قولهم لزمه أن يقول في الوصية بمثل ما قالوا أيضاً ، لأن العلة فيهما واحدة على ما بينا .

584 باب في إثبات الوكالة // [ف ١٣٢ ب]

{ وكالة الحاضر لا تجوز عند أبي حنيفة إلا برضا الخصم ، وتجوز عند أبي يوسف ومحمد { لأبي حنيفة قول النبي صلى الله عليه وسلم لعلّ رضى الله لا يخرج بتوكيل الوكيل من الخصومة ، فيلبنى أن لا يصح السماع من يئنة

(٤) ف : يعمر .

(٢) ساقط من ل .

(٦) ل : بالموصى . ف : بالوصية .

(٥) ف : والثاني .

عنه ، لا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر ،^(١) ، والمدعى عليه لا يخرج بتركيل الوكيل من الخصومة فيبني أن لا يصح الساع من بينة المدعى حتى يحضر المطلوب . فإن قيل : إن الوكيل خصم^(٢) ، قيل له : أثبت أنه خصم فإننا لم نوافقك على هذا .^(٣) ومن جهة القياس ثلاثة معانٍ ، أحدها^(٤) أن التبعي عليه السلام قد أوجب على القاضى التسوية بين الخصوم . وليس من التسوية أن يكون أحد الخصمين قاعداً^(٥) في منزله والآخر يتردد إلى باب القاضى . فإن قيل : إن الوكيل هو الخصم ها هنا ، قيل له : إن الموكل لم يخرج من أن يكون خصماً مع كون الوكيل خصماً عنه ، فيبني أن يسوى بينه وبين المطلوب الذى كان خصمه في الأصل . والثانى^(٦) أن الناس يختلفون في الخصومات ، فبعضهم ألحن^(٧) بالحجة من بعض .^(٨) والدليل على هذا قول النبي صلى الله عليه وسلم : ولعل بعضكم أن يكون ألحن بالحجة من بعض ، فسن قضيت له بشيء من حق أخيه فأما أقطع له قطعة من النار ،^(٩) فبئس صلى الله عليه وسلم أن بعضنا أقوم بالخصومات من بعض وأنا ليس تساوى فيها . فإذا كان كذلك كان^(١٠) للمدعى أن لا يقبل خصومة الوكيل لأنه لا يأمن أن يغلبه ويظهر عليه بالحجة وإن كان المدعى هو المصحق ، والثالث^(١١) فإن الخصومة حق للمدعى يلزم المدعى عليه بدلالة أن القاضى // [ل ١٥٥ ب] 'يسدى عليه ويحول بينه وبين تصرفه وأشغاله . فإذا كان كذلك لم يجوز^(١٢) له تحويلها إلى غيره إلا برضاء المدعى بدلالة أنه لو كان عليه دين وهو مقر به لم يجوز له أن يحوله إلى غيره إلا برضاء الطالب . والمعنى الجامع بينهما لزومه حق

(٣) ل : ووجه النظر .

(٥) ل : وأيضا .

(٧) ل : أى أبلغ .

(٩) ل : وأيضا .

(٢) ل : حقر .

(٤) ساقط من ل .

(٦) ل : أقوم .

(٧) ل : أى صحيح مسلم ، أقضية ، ع .

(٨) ساقط من ل .

(٩) ل : يقرر .

الطالب في الوجهين جميعاً . وهذه العلة مقصورة على وكالة المدعى عليه دون وكالة المدعى . والوجهان الأولان يمتبهما جميعاً . "١" إلا أنه إذا صح أن وكالة المدعى عليه لم تصح إلا برضاه المدعى كان وكالة المدعى أيضاً مثلاً ، لا تصح إلا برضاه المدعى عليه لأن أحداً لم يفرق بين الوكالتين "٢" . وأما أبو يوسف وعبد فإنهما ذهباً إلى أن حق الخصم إنما هو الخصومة والتكسّن من إثبات حقه . ويمكن أن يثبت حقه على الموكل بخصومته للوكيل . فإذا لم يكن في ذلك إبطال حقه جازت الوكالة .

فصل "١"

585

{ ولا خلاف بينهم أن المدعى أو المدعى عليه إذا كان مريضاً أو مسافراً سفر ثلاثة أيام إن له أن يقيم لنفسه وكيلًا . وكذلك لو كان حاضراً فأراد أن يسافر سفر ثلاثة أيام فصاعداً إن له أن يوكل غيره في الخصومة } ، لأن المريض لا يلزمه الحضور إلى عند القاضي لأنه لا يقدر على ذلك . فذلك المسافر لا يلزمه الرجوع إلى عند القاضي . ولكن لو أراد خصمه غاصبته معنى "٣" إليه حتى يرفعه إلى قاضي ذلك البلد أو من يقرب إليه إن لم يكن هناك قاض . وكذلك لو أراد سفرًا // [ف ١٢٣ أ] جاز أن يوكله لأنه وقت الخصومة يكون مسافراً فلا يلزمه الحضور إلى عند القاضي ، فإذا كان كذلك لم يثبت لخصمه حق الخصومة عليه ، إذ لم يلزمه الحضور في هذه الوجوه كلها . فإذا لم يثبت عليه حق الخصم لم يتمتع بتحويل الخصومة إلى غيره إذا كان المعنى المانع من الوكالة لزوم حق الخصم في الخصومة ، فلا يقدر على تحويله إلى غيره . وهذا المعنى غير موجود ها هنا . ولا يلزم على هذا القول النبي صلى الله

(١١) ساطع من ل .

(٢) ف : يمر .

585 (١) ساطع من ل .

عليه وسلم لعلى رضى الله عنه ولا تقضين لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر ، لأن المريض والمسافر لم يصيرا خصمين يلزمهما حق الخصومة لما بيننا ، فيكون للراد غيرهما .

586 قال : { ولو ادعى رجل أن رجلا وكله بطلب كل حق هو له بالكوفة وقبضه وبالنخومة فيه ، جاز فيه ، اصنع ، فحضر القاضى وجهه بالينة على الوكالة والموكل عليه ، ولم يحضر الوكيل أحداً للموكل قباه حق ، فأراد أن يثبت وكالته عند القاضى ، فإن القاضى لا يسمع من بيته حتى يحضر خصما . فإن أحضر رجلا يدعى عليه حقاً للموكل ، والمدعى عليه بذلك الحق مقرأ بالحق أو جاحد له فإن القاضى يسمع // [ل ١٥٦ أ] من شهود الوكيل على الوكالة وينفذ له الوكالة } . أما إذا لم يحضر أحداً فإنما لم يقبل الينة لأن سماع الينة لا يصح على غير خصم . وليس ما هنا خصم تُسمع عليه الشهادة ، فلذلك لم تقبل . وأما إذا حضر إنسان يدعى للموكل عليه حقاً فإن الينة تقبل على الوكالة سواء أكان المدعى عليه مقرأ بالحق أو منكراً له ، لأن المدعى عليه إن كان منكراً للحق فالوكيل يريد أن يثبت أنه خصم في إثبات حق الغائب ، والحق يدعى لإثباته على المدعى عليه ، فيكون خصما في إثبات الوكالة التى يتوصل بها إلى إثبات الحق المدعى . وإن كان المدعى عليه مقرأ بالحق فإن الينة تقبل أيضاً على الوكالة ، لأن كونه مقرأ بالحق لا يوجب للوكيل حق القبض إذا كان المدعى عليه منكراً لو كاله بالقبض ، فذلك كانت الينة على الوكالة مقبولة إذا أنكر المدعى عليه الوكالة . وأما إذا أقر بالوكالة فإنه يؤمر بتسليم ما أقر به إلى الوكيل وإن لم يتم الوكيل الينة لأن إقراره مقبول على نفسه ، ويؤمر بتسليم المال إليه حيث صدقه بالوكالة .

587 قال (١) : { فإن قبل القاضى ينة الوكيل على خصم حاضر ثم آتى

برجل آخر يدعى عليه حقاً للغائب لم يكلف إعادة البيئة على ، الوكالة { من قيل أن المسئلة ^(١) على أن الوكيل أقام البيئة على أن الغائب وكله بكل حق له بالسكوة ، فإذا أقام البيئة على هذا لا يجوز ^(٢) للقاضي أن يحكم خاصة على المدعى عليه الحاضر دون غيره إذ الحق الذي يدعى على الحاضر نفسه يثبت على الغائب من الخصوم الذين يحضر منهم في الثاني . فإذا كان كذلك يحكم بوكالته على //

[ف ١٣٣ ب] العموم على كل من كان بالسكوة إذا ادعى عليه حقاً للغائب الموكل ، دهنأ كان أو غير ذلك من الحقوق ، إذا كانت الوكالة التي يدعيها عامة وإذا كانت خاصة على الأول ، لم يكن ذلك حكماً على غيره بالوكالة .

588 قال : { ولو أن الموكل حضر ليوكّل عند القاضي هذا الوكيل فقال : قد وكلت هذا الرجل بكل حق هوى بالسكوة وبالخصومة في ذلك ، جاز ما صنع ، وليس معهما أحد للموكل قبله حق ، فإن كان القاضي يعرف الموكل ويعلم أنه فلان بن فلان الفلاني ، قبل القاضي وكالته وأنفذها للوكيل . ويكون ذلك قضاء بوكالته على جميع الناس . وإن كان القاضي لا يعرفه ، لم يحكم بوكالته . فإن أراد الوكيل أن يقيم البيئة على أن فلان الفلاني ، يعني للموكل وكله ، وهذا الرجل ^(٣) والمدعى عليه غير //

[ل ١٥٦ ب] [حاضرين] ^(٤) فإن القاضي لا يسمع من يشته { . أما إذا حضر الموكل فإما جازله أن يسمع من الموكل بوكالة الوكيل لأنه ليس فيه أكثر من إقامة الموكل الوكيل مقام نفسه . وللوكّل أن يفعل ذلك ، وللقاضي أن يسمع منه ، حتى إذا غاب الموكل لاحتياج الوكيل إقامة البيئة على الوكالة . وأما إذا لم يعرفه القاضي فإما لم يقبل منه ، لأن القضاء على الغائب لا يصح إلا بالاسم والسبب . والقاضي إذا لم يعرف الموكل ما هنا ، فسمع منه أنه قد وكل هذا الحاضر وأنه فلان بن فلان الفلاني ، يعني

• (٢) ساقط من ل

• 588 (١) أي الموكل

• (٢) في الأصل حاضر

الموكل ، يجوز أن يكون هذا حيلة منهما : فيسمى الموكل نفسه باسم غيره ونسب غيره ، فإذا غاب الموكل جاء الوكيل بمرماه الرجل المسمى به الموكل وأخذ [منهم]^(٣) حتى المسمى باسمه ، وإن لم يكن قد وكل هذا الوكيل بقضاء دينه واستيفاء حقوقه^(٤) . وهذا لا يجوز لأن فيه إبطال حقوق الناس . وأما إذا كان القاضي يعرفه لم يمكن أن يمثاله^(٥) على أحد هذه الحيلة ، لأن هناك لا يقضى بوكالة الغائب لهذا الحاضر بالإسم والسب على وجه التزوير ، لأن القاضي الموكل باسمه ونسبه فلا يقدر على أن يزور عليه وينسب نفسه إلى غير أبيه ، ويسمى نفسه بغير اسمه ، حتى إذا غاب يأخذ الوكيل بغير غرمائه بالحق . ولا يشبه هذا الإقرار بالمال لغيره ، إن للقاضي أن يسمع منه إقراره سواء كان يعرف المقر أو لم يعرفه ، لأنه ليس في ذلك خوف من الحيلة لأن المقر له إذا جاء بغيره فقال : هذا هو المقر بالدين ، فإن القاضي يعرف أن هذا غير الأول بوجه ، ولا يحتاج إلى اسمه ونسبه ، فإن خاف أن يشبه عليه أمر محله ووصفه في الكتاب . فتي جاء^(٦) المقر له بإنسان فقال : إن هذا المقر بالمال ، نظري في حيلته وصفته ، فلا بد من أن يذكر^(٧) أن توافق حيلته إن كان هو المقر ، ويأذن أن ينظر في الحيلة // [ف ١٣٤ أ] والصفة ولا يتذكر حاله ، أو أن الحيلة^(٨) توافق حيلة هذا الذي جاء به ، ولا يكون هذا هو المقر . فإذا كان مثل هذا لا يقع إلا شاذاً نادراً لم يمنع صحة سماع الإقرار بالدين . وفي مستلثنا الحيلة ممكنة في كل وقت على الوجه الذي ذكرنا : إن زيداً يجهي^(٩) ويقول : أنا خالد بن عبد الله ، وكلت هذا لكل حتى هو لي^(١٠) على هؤلاء^(١١) ، فإذا غاب زيد [عن]^(١٢) الوكيل ، وجاء بمرماه خالد عبد الله فطالهم بقبض

(٤) ساقط من ف .

(٦) ف ، ج : خالف .

(٨) ساقط من ف .

(٣) في الأصل : منه .

(٥) ل : يحتاج .

(٧) ساقط من ف .

(٩) الأصل : من .

الديون التي لحالد عليهم ، والموكل كان في الحقيقة زهداً غير خالد بن عبد // [١٥٧] الله فيحتاج القاضي أن يحكم للوكيل بقبض الديون من غراما خالد من غير توكيل من خالد ^(١) إلى هذا ^(٢) . وهذا لا يجوز . وأما قول بينة الوكيل على اسم الوكيل ونسبه ، فلأن البينة لا تقبل على غير خصم ، وليس هناك خصم يُدعى عليه حق بالوكالة حتى يسمع بينته عليه ، ^(٣) فلا يلتفت إلى بينته ، فإن غاب الموكل ثم إن الوكيل حضر القاضي ومعه رجل يدعى ^(٤) عليه بحق للموكل فأقام بينة أن فلان بن فلان الفلاني وكله بذلك ، فإن القاضي يقبل بينته لما بينا فيما تقدم من وكالة الحاضر من الغائب . فإن أراد من ^(٥) القاضي في هذه الوجوه أن يُصحح عنده الوكالة ويثبتها بالبينات يأخذ كتابه إلى قاض آخر ، قبل بينته على غير خصم ، وذلك لما بينا فيما تقدم من كتاب القاضي إلى القاضي في الحقوق وأن بينة المدعى تقبل على الحق وإن كان المدعى عليه غائبا ، لأن هذه البينة لا يقع بها القضا على الغائب . وإنما هي كإثبات الشهادة على الشهادة فلا يمنع قبولها .

589 قال ^(٦) : { وقال أبو حنيفة : لو أن رجلا وكل رجلا بقبض حقوقه قبل رجل كان الوكيل في القبض وكيلاً في الخصومة ، ومتى ما جحد المطلوب ذلك الحق فلو وكيل أن يقيم البينة على إثباته . وكذلك المطلوب لو ادعى أنه قضى الدين إلى الطالب قبلت بينته على الوكيل بقضاء الدين إلى الطالب ، لأنه يصير خصما . وإن كان وكله بقبض شيء بعينه مثل دار أو عقار أو عبد أو نحو ذلك من الموكل ، فإنه يوقف ذلك ولا يحكم فيه حتى يحضر الموكل . وقال أبو يوسف ومحمد : الدين والعين ^(٧) في هذا سواء ، فلا يكون الوكيل في قبضه وكيلاً في الخصومة ، ومتى جحد المطلوب الحق الذي ادعى عليه الوكيل لم يكن

(١١) ساقط من ف :

(٢) ل : والشق .

(١٠) ساقط من ل .

589 (١) ساقط من ل .

الوكيل خصصاً في إقامة البينة على إثبات الحق عليه . وإن أقر المطلوب بالحق وادعى قضاءه إلى الطالب لم يكن الوكيل أيضاً خصصاً في قبول بينة المطلوب عليه . وإن^(٣) كان وكله بالخصومة في حقوقه التي بالكوفة كان وكيله في الخصومة والقبض جميعاً عندهم جميعاً غير زُفر فإنه لا يجهله وكيله^(٤) في القبض { . وتحصيل هذه الجملة أن الوكيل بقبض العين // [ف١٣٤ب] لا يكون وكيله^(٥) في الخصومة عند الجميع ، والوكيل بقبض الدين يكون وكيله بالخصومة عند أبي حنيفة خاصة ، والوكيل بالخصومة في العين والدين وكيله بالقبض عندهم جميعاً غير زُفر ، فصار مذهب زفر أن الوكيل بالقبض لا يكون وكيله بالخصومة في العين والدين ، ولا الوكيل بالخصومة وكيله بالقبض // [١٥٧د ب] فيهما جميعاً وهو القياس . ووجه قولهم إن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيله بالخصومة لأنه ليس في قبض العين ما يتعلق بالخصومة ، إذ ليس في قبضه منه تمليك ولا معنى من المعاني يوجب أن يكون الوكيل خصصاً فيه . فإذا كان كذلك فعليه أن يثبت الوكالة بقبض العبد المودع أو غيره . فإذا ثبتت وكالته عند القاضي يحضر من الذي العبد في يديه أمره القاضي بسلام العبد إليه . فإن قال الذي العبد في يديه : هذا العبد لي ، أو ادعى معنى من المعاني يوجب نفي ملك الغائب على العبد ، لم يكن الوكيل خصصاً في إثبات العبد ملكاً للغائب ، لأنه غير موكل بذلك ، فليس له أن يخافه . وأما إذا كان الحق ديناً فإن الوكيل بقبضه وكيل في الخصومة عند أبي حنيفة ، لأن قبض الدين يتعلق به التمليك ، لأن المطلوب يملك ما في ذمته للطالب ، ما يقضى إليه أو إلى وكيله ، إذ الدين المقضى يثبت في ذمة الطالب للمطلوب ثم يعبر قصاصاً^(٦) بما كان له على المطلوب ، فملك كل واحد منهما ما في ذمته بما^(٧) كان له في ذمة صاحبه . فإذا

(٣) ف : لأنه إن . (٤) ساقط من ل .

(٥) أي إلقاء دين بدين ، أو تنازل عن الحق من الجانبين .

(٦) ف : ما .

كان قبض الدين يتعلق به التملك كان الوكيل بالقبض وكيلا بالتمليك . وأما على مذهبهم فإن قبض الدين وإن كان فيه تملك فالموكل لم يجعل إليه غير القبض ، فليس له أن يخاصم في إثبات الدين ، لأن القبض معنى غير الخصومة . ألا ترى أن الوكيلين في الخصومة لكل واحد منهما أن يخاصم ، والوكيلين في القبض ليس لأحدهما القبض دون الآخر لأنهما معنيان مختلفان ؟ فالتمليك بأحدهما لا يوجب التوكيل بالآخر . أما الوكيل بالخصومة فأنما كان وكيلا بالقبض عندهم جميعاً غير كُفر فلأن الخصومة^(١) لا تنقطع إلا بقبض الموكل به . فإدام هناك حق للموكل فالتمليك أن يخاصمه ، لأنه وكيل بالخصومة^(٢) على العموم . فبقي ما كان هناك^(٣) ما يتعلق به الخصومة فله الخصومة فيه . والخصومة أبداً باقية لم يحصل القبض ، فينبغي أن يكون وكيلا بالقبض الذي يقطع الخصومة . وأما عند زفر فإن الموكل لم يجعل إليه القبض وإنما جعل إليه الخصومة ، والقبض معنى غير الخصومة لما بينا ، فلا يجوز أن يجعله وكيلا بالقبض . والجواب أنه لما ثبت عندنا بما // [ل ١٥٨ أ] ذكرنا أن القبض يدخل تحت الوكالة بالخصومة صار موكلًا بالتمليك من جهة القبض ، فلا يمنع صحة الوكالة على هذا الوجه ، كما لو نص عليه كان جائزاً .

فصل^(١)

590

قال : | وإقرار الوكيل على الموكل بقبض // [ف ١٣٥ أ] الدين الموكل به جائز عند القاضي ، ولا يجوز عند غيره في قول أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف يجوز عند القاضي وعند غيره .^(٢) وكان قوله الأول إنه لا يجوز عند القاضي ولا عند غيره^(٣) ، وهو قول زفر ، ثم رجع فقال : يجوز عند

(٧) ساقط من ف .

590 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .

القاضي ولا يجوز عند غيره ، وهو قولها ، ثم رجع عن هذا أيضاً وقال :
يجوز عند القاضي وعند غيره { . لأبي حنيفة في أنه يجوز عند القاضي أن
الخصومة تتنظم ^(٣) الإقرار والإنكار لأن القاضي يقول للدعي عليه :
ما تقول ؟ هل لهذا عليك هذا الحق أم لا ؟ فلا بد له من نعم أو لا . فإذا كانت
الخصومة تتنظم المعنين جميعاً ، كان الوكيل بالخصومة وكيلاً بالإقرار والإنكار
جميعاً ، إذ قد أقامه مقام نفسه في الخصومة . وخصومته قد انتظمت المعنين
جميعاً . فإذا كان كذلك وجب أن يجوز إقراره عند القاضي ، لأن الخصومة
ثبتت عنده ، ولا يجوز عند غيره ، لأن الخصومة لا يثبت حكمها عند غيره .
فكذلك الإقرار الموجب بها . وأما زفر فإنه رده هذه الخصومة إلى خصومة
الوصى والآب : أن لها أن يغاصما الصغير ^(٤) ولا يجوز إقرارهما ، فدل على
أن الخصومة لا تتنظم الإقرار . وإذا كان كذلك لم يجوز إقراره على الموكل
بحال . والجواب عن هذا لأبي حنيفة أن تلك الخصومة قد استثنى منها الإقرار
بدلالة ذلك عندنا . ^(٥) فذلك لم يجوز إقرارهما عليه ، مع كونهما خصمين . ولم
نجد تلك الدلالة هاهنا ، فلا يجوز أن يخص الإقرار من الخصومة بغير دلالة .
فإن دلت الدلالة هاهنا على تخصيص الإقرار من الخصومة من جهة لفظ
الموكل أنه قال أن لا يجوز إقرارك على ، أو غير ذلك من الدلالة ، لم يجوز
إقراره عليه . فأما وليس هاهنا دلالة توجب للتخصيص لم يجوز لنا أن نخص
الإقرار من الخصومة ، وإن جاز تخصيص الإقرار منهما بغير دلالة ، جاز
تخصيص الإنكار منهما أيضاً بغير دلالة . فنحصل الخصومة غير منتظمة الإنكار
والإقرار . وليست هذه صفة الخصومة ^(٦) . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى
أن الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ، فكما جاز إقراره عند القاضي وعند غيره ،
جاز إقرار الوكيل أيضاً عند القاضي وغيره . ^(٧) قال الشيخ : وهذا ساطع

(٤) ساطع من ل .

(٦) ساطع من ل .

(٣) ل : تنظر .

(٥) ساطع من ل .

لأن الموكل إنما أقم الوكيل مقام نفسه في الخصومة ، والخصومة لا تكون إلا
هند القاضى ، فالإقرار أيضاً لا يجوز إلا عنده .

591 قال : { وإذا تقدم رجل إلى القاضى فادعى أن فلاناً بن فلان الفلانى
وكله بقبض دينه الذى على فلان بن فلان هذا ، وأحضره القاضى معه ، فأقر
الغريم بالدين والوكالة ، فإن إقراره جائز على نفسه // [ف ١٣٥ ب] وبأمره
القاضى يدفع الدين إلى الوكيل { . وقد بينا هذا فيما تقدم ، وفرقنا بين الودعة
وبين الدين // [ل ١٥٨ ب] " وفرقنا أيضاً بين الوصى وبين الوكيل وأنه
لا يجوز أن يكون خصماً على الغائب والوكيل " .

592 قال : { وإن حضر الطالب وأنكر أن يكون وكّله هذا كان للغريم
أن يحلفه ، يعنى الطالب : بالله ما قبض فلان بن فلان هذا المال من هذا الغريم
بأمرى ووكالتك إلا به بذلك . فإن حلف رجع على الغريم بالدين " وأخذه
منه " ، ورجع الغريم على الوكيل فأخذه منه " الدين الذى دفعه إليه " إن كان
قائماً " فى يده " ، وإن كان هالكاً ، فالقول قول الوكيل أنه ضاع منه ، أو أنه
دفعه إلى الطالب { . فإنما يحلف الطالب لأن المطلوب فى يمينه حقاً ، وهو
برأته من دينه " متى ما نكل عن اليمين ، " فإن نكل عنها يرى المطلوب " ،
وإن حلف لم يبرأ وضمن له حقه ، ثم يرجع على الوكيل إن كان الدين باقياً
فى يده ، لأن الوكيل لم يدع قبضه لنفسه " وإنما أخذه للطالب " . وقد أخذ
الطالب ذلك منه ، فعليه رد ما قبض إلى المطلوب . وأما إذا كان مستهلكاً

591 ساقط من ل .

592 (١) ساقط من ف .

(٢) ساقط من ل .

(٣) ل : بينه .

(٤) ل : فتمه .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ل .

فإن القول قوله في الهلاك أو الدفع إلى الطالب . ولا ضمان عليه المطلوب لأن المطلوب قد صدّقه في وكرالته وأنه مستحق لقبضه ، فصار مثلاً قلنا في الوديعة : إذا جاء الوكيل بقبض الوديعة فصدّقه المودّع في ذلك ودفع الوديعة إليه ، ثم جاء صاحبها فأنكر ذلك ، ^(٧) «إن له أن يضمّن» المودّع . ^(٨) لم يكن للمودّع أن يرجع على الوكيل بشيء إن كانت الوديعة هالكة لأنه صدّقه في استحقاقه بقبضها . كذلك هذا مثله ^(٩) .

قال أبو بكر ^(١٠) : وهذا أيضاً على تلك الوجوه الأربعة ، إن صدّقه ودفعه إليه ولم يضمّن لم يرجع ^(١١) «عليه بشيء» وإن ضمّنه مع التصديق رجع عليه ، وإن لم يصدّقه ولم يكتبه رجع عليه ، وكذلك إذا كذّبه . وهذان الوجهان يكرران عند غير القاضى لأن القاضى لا يأمره بتسليم الدين إليه إذا لم يصدّقه ولم يكتبه ، أو كذّبه .

593 قال : { وإن أقر الغريم بالدين وجدد الوكالة فطلب الوكيل يمين المطلوب : بالله ما يعلم أن الطالب وكّله بقبض الدين منه ، فلا يمين عليه في قول أبي حنيفة . «وقال الحسن» : قال أبو يوسف : حلفه بالله ما يعلم أن الطالب وكّله بقبض ذلك منه ، فإن حلف لم يكن بينهما خصومة ، إلا أن تقوم له بينة على الوكالة ، وإن نكل عن اليمين أمره الحاكم بدفع الدين إلى الوكيل . ولا يكون ذلك قضاء على الطالب } . لا في حنيفة أن يذل ^(١٢) الوكالة من جهة المطلوب لا يصح ولا يكون الوكيل وكيلاً عن الغائب بقوله .

(٧) ف : وضن .

(٨) ل : ويكون القول قول الوكيل في الهلاك والدفع . كذلك ما هنا .

(٩) ف : وحده الله . (١٠) ساقط من ف .

593 (١١) ساقط من ل .

(١٢) يذل الوكالة : يعني تنازل المطلوب عن الحق في إتيان الوكالة بالنية .

فلا يجوز أن يجاز على ذلك ، إذ من أصله سقوط اليمين في كل ما لا يصح
بذله من جهة الحكم . وعند أبي يوسف لما كان من أصله أن // [ل ١٥٩ أ]
التكول يقوم مقام الإقرار ، فكل ما كان الإقرار فيه جائزا // [ف ١٣٦ أ]
فإنه يختلف عليه غير الحدود والتقصاص فيحلف ما هنا أيضا لأنه
لو أقر بوكالته ، جاز كذلك أن يحكم عليه بشكوله وإن لم يكن ذلك كما
على الغائب بالوكالة .

594 قال : { وإن أنكر التريم الدين وأقر بالوكالة لم يكن الوكيل خصما
في إقامة البينة على المطالب بدين الطالب { من قبل أن الوكالة على الغائب
لا تثبت بقول المطالب ، فوجود إقراره بها وعدمه بمنزلة في باب إثبات
خصومة الوكيل في الدين . فإن أقام الوكيل البينة على الوكالة قبيل القاضى
يقتضيه ، ويكون ذلك حكما على الغائب ، وإن كان غير حاضر لسماع البينة . وهذا
ما لا خلاف فيه بين الناس ، أن الحكم على الغائب على هذا الوجه جائز لأن
الحاضر لا يتوصل إلى إثبات حقه إلا بإثبات الحكم على الغائب ، والحق
الذى يدعيه لنفسه هو الذى يثبت بعينه على الغائب ، وهو عقد الوكالة ، وقد
حضر هناك خصم يسمع عليه البينة ، فيجوز أن يحكم به على الغائب . ألا ترى
أن الناس متفقون ^(١) على "جواز الحكم على" الميت بالدين وغير ذلك إذا
كان هناك خصم منه من وارث أو وصى أو "موصى له" ^(٢) ، وهذا حكم على
الغائب إذ الميت أغيب الناس عن مجلس القاضى . كذلك ما ذكرنا مثله ^(٣) .

595 قال : { ولو وكل رجل رجلا بطلب حقوقه وقبضها والخصومة فيها
على أنه لا يجوز عليه إقراره ولا صلحه ولا تمديد شاهد يشهد عليه بشئ .
يُبطل به حقا له ، فالوكالة على هذا الشرط جائزة { ، لأن الوكالة تتنظم معاني

(٢) ساقط من ق .

(٤) ل : كذلك مثله .

594 (١) ف : محزون .

(٣) ل : نحو ذلك .

كثيرة ، فإذا جعل إليه بعضها دون بعض وفسرها جاز ذلك ، لأنه من جهة
يملك التصرف في ذلك كله ، فله أن يملكه بعضها دون بعض .

قال : { فإن أقر الوكيل أن الطالب قبض هذا الحق من الغريم ، لم يجر
ذلك على الموكل ، إلا أنه ليس الوكيل مطالبة الغريم بذلك الحق حتى يحضر
الموكل فيطالبه أو يوكل غيره } ، من قبل أن " الوكالة بطلت بقول الوكيل
حيث " أقسر بأن الطالب قد استوفى حقه ، لأن هذا اعتراف منه بأنه
لا خصومة بينه وبين المطلوب إذا لم يبق للطالب عليه شيء ، فيعزل عن الوكالة ،
وإن لم يصدق على الموكل .

{ وإن قال : قبضت أنا هذا الحق من هذا الغريم // [ل ١٥٩ ب] فضاء
منى ، أو قال : دفعه إلى الطالب ، فإنه يُقبل قوله ، ويبرأ المطلوب من ذلك
المال ، ويحلف الوكيل على ذلك } ، من قبل أن الطالب وإن كان قد منّعه
من الإقرار عليه فإنه لم يمنعه من الاعتراف بقبض الدين ، بل قد وكله بتقبضه
منه ، فيصح إقراره بتقبضه . فإذا قال : ضاع منى أو دفعته إلى الطالب كان
القول قوله ، مثل المودع لأنه أمين . ويحلف على ذلك كالمودع لإسقاط
الخصومة .

598 قال : { وليس للوكيل أن يوكل غيره } من قبل أن الوكالة تقتضى
الخصومة والاختصاص // [ف طلب ١٣٦ ب] فى طلب حق الموكل ، ولا
يقتضى " غير ذلك ، فلا يجوز " أن يجعل الأمر إلى غيره لأن الموكل لم
يؤذن رأى غيره . " وأيضاً فإن الوكالة عقد للإباحة فليس له أن يوكل غيره
كما ليس للباح أن يبيع المباح لغيره ، وإنما له أن يستعمله هو أو يدعه . كذلك

595 (١) ف : الوكيل ذلما .

596 (١) ساقط من ف .

هذا مثله^(٢). فان قال الموكل له : أجزتُ أمرك في ذلك وما تصنع فيه من شيء ، كان له أن يوكل غيره مثل ما قلنا في المباح إذا جعل المبيع^(٣) أمره في ذلك إليه كان له أن يبيع لغيره . وكذلك هذا ،^(٤) لأنه قد أجاز أمره على نفسه فيما صنع^(٥) .

597 قال^(٦) : { وليس لو كيله أن يوكل غيره كما لم يكن للوكيل أن يوكل غيره إلا بأن جعل الموكل أمره إليه } ، كذلك الثاني مثله .

598 قال : { فان مات صاحب الحق بطلت وكالتهما { من قبل أنهما جميعاً وكيلاً الطالب ، فوته يوجب عزلها جميعاً لانقطاع أمره بالموت . وإن قيل : ولم يموت الموكل يوجب بطلان وكالة الموكل ؟ فهلاً قلنا إن الأمر إنما احتيج إليه في انعقاد الوكالة ، فاذا انقضت لم يحتج في بقائها إلى دوام الأمر ؟ قيل له : ليس كذلك ، لأن الوكالة إنما هي إباحة يجوز تصرفه^(٧) وقتاً بعد وقت وسالاً بعد حال ، وليست عقداً يستحق به شيئاً على الموكل ولا على الوكيل ، فيبطل عند ارتفاع أمر المبيع^(٨) . ألا ترى أن العارية التي هي تمليك المنافع ترتفع بارتفاع أمر المبيع ؟ فكيف^(٩) الوكالة التي هي إباحة ليس فيها تمليك . فان قيل فهلاً جعلت الوكيل الثاني وكيلاً للأول دون الموكل قيل له : ليس كذلك لأن الوكيل مأمور بوكالة الثاني ، فصار كالرسول والمخير إذا عقد عقد الوكالة إنه يكون واقعاً للوكيل دون العاقد ،^(١٠) كما قلنا في الرسول بعقد البيع وكالوكيل بالعقد والطلاق^(١١) . والمعنى الجامع بينهما أنه لا يتناق في شيء من هذا حقوق العاقد . كذلك الوكالة^(١٢) .

(٣) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ل .

(٤) ساقط من ل .

597 (١) ساقط من ف .

(٢) ل : فيجب أن يبطل عند انقطاع امر المبيع .

(٤) ساقط من ل .

(٣) ل : فكذلك .

(٥) مقيد هنا في ف شرح آخر جنس المنى ولا فائدة من إثباته .

598 قال : { فان لم يمت الطالب ولكن مات الوكيل فالثاني على وكالته }
لما بينا أن الأول والثاني جميعاً وكيل الطالب . فموت أحدهما لا يوجب عزل الآخر .

قال (١) : { وكذلك لو أن الطالب أخرج الأول من الوكالة // [ل ١٦٠ أ] لم يخرج الثاني من الوكالة } ، كوكيلي الطالب إذا عزل أحدهما لم يعزل الآخر .

قال (٢) : { وإن أخرج الوكيل الأول الوكيل الثاني من الوكالة فهو جائز ، ويخرج منها { من قبل أن الموكل قد جعل الأمر إليه في عزله // [ف ١٣٧ أ] وتوكيله بقوله : قد جعلت الأمر إليك في جميع ما تصنع . وليس هذا الأجل (٣) أن الثاني وكيل الأول ، وإنما هو المعنى الذي ذكرناه من جعل الأمر إليه في العزل وغيره (٤) مثل الموكل إذا قال لرجل : قد جعلت الأمر في عزل هذا إليك ، فلرجل أن يعزل الوكيل ، كذلك هذا .

599 قال : { فإذا ثبت الحق المطلوب فقال للقاضي : حلف الوكيل بالله ما يعلم أن الطالب قبضه مني ، فلا يمين "على الوكيل" { من قبل أنا لو حلفناه في ذلك لحلفناه عن الطالب ، ويمينه لا تنوب عن الطالب بدلالة أنه متى قدم للمطلوب أن يحلفه وإن كان قد حلف الوكيل على ذلك . فإذا كانت يمينه لا تنوب عن يمين الطالب لم يجر أن يحلف عنه // [ف ١٣٧ ب] .

600 قال : { وإذا وكل رجل رجلين يطلب حقوقه والنه ومقتضاها فإن حضر

598 (١) ساقط من ل .

(٢) ف : الأصل .

(٣) ساقط من ل .

599 (١) ف : عليه .

(٢) مزيد هنا في شرح آخر لا فائدة من إجابته .

أحدهما ومعه خصم يطالبه ، فهو وكيل في خصومته وإثبات الحق عليه . إلا أنه ليس له أن يقيض الحق دون صاحبه { لما بينا أن أحد الوكيلين خصم في إثبات الحق ، ^(١) وليس له قبضه دون صاحبه ^(٢) لأن الخصومة لا تأتي منهما جميعاً في حال واحدة ، فنهما لو حضرا جميعاً لم يتخاصم إلا واحد لأن مختصهما مما تمتنع من أن يفهم القاضى منهما ، لأن كلامهما ^(٣) يحتاج ، ^(٤) فلذلك كان له أن يتخاصم مع غيبة الآخر ^(٥) . ألا ترى أن حضوره معه من غير أن يتخاصم ليس بغيره ، ومع ذلك فقد جاز للآخر أن يتخاصم عنه ؟ كذلك إذا غاب ^(٦) هو فالآخر أن يتخاصم عنه ^(٧) . وأما القبض فإنما لم يهر لأحدهما أن يفرد به لأن فيه معنى التقليل ، فيحتاج فيه إلى الرأى ، والموكل لم يرض برأى أحدهما .

801 قال : { ولو أن رجلاً قال : فلان وكيل في كل شيء فهو وكيل في الحفظ دون البيع والشراء } من قبل أن الوكالة أصلها في اللغة الحفظ . قال الله تعالى { وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ وَكِيلٌ } ^(١) يعنى حفيظ . ويقال فلان موكل على فلان أى حافظ عليه . فإذا كان كذلك فالحقيقة في الوكالة إنما هو الحفظ ، وفي الشراء والبيع والتصرف إنما استثمار ، وقد صار متعارفاً أيضاً . فإذا أطلق // [ل ١٦٠ ب] اللفظ كان محولاً على الحقيقة دون غيره ^(٢) إذا كان مستعملاً متعارفاً ^(٣) . فإن قال : وكيل في كل شيء جائز أمره ، فهذا وكيل في الحفظ والتصرف أيضاً ، وله أن يهب ويتصدق أيضاً ، لأنه قد جعل الأمر إليه في كل شيء ، وجعله جائز الأمر ، وجواز الأمر يستعمل في الإذن في التصرف . فوجب أن يجوز ذلك كله .

800 (١) ساقط من ل . (٢) ل : كلاماً .

(٣) ف : فلا يجوز إلا أن يتخاصم أحدهما لو حضرا جميعاً .

(٤) ساقط من ل .

801 (١) سورة الأنعام ، ٦ : ١٠٧ (٢) ساقط من ل .

602 قال : { ولو أن رجلا ادعى أن فلانا بن فلان وكله وكل فلان بن فلان الفلاني النائب بكل حق هو له على فلان ، رجل بعينه ، والخصومة في ذلك والقبض منه ، وأقام على ذلك بينة ، فإن القاضي يقبل ذلك منه ويكون قضاء بإثبات وكالة النائب إذا لم ينكره إذا قدم { من قبل أن الحاضر لا يتوصل إلى إثبات وكالة نفسه إلا بإثبات 'وكالة النائب' ، فيكون خصما في إثبات وكالته ووكالة النائب - إذا كان الحق الذي يثبت نفسه هو الذي [ف ١٢٨ أ] ثبت على النائب ، ولا يتوصل إلى إثبات حق نفسه إلا بإثباته على النائب ، وهو خصم في إثبات حق نفسه ، ثبت حق النائب أيضاً ، مثل أحد الوراثين إذا أثبت تركه الميث كان ذلك ثابتاً له ولشريكه . كذلك مثله ، لأنه لا يملك أحدهما التصرف دون صاحبه . وكذا أحد الوصيين عند أبي حنيفة وعمر . وعند أبي يوسف لا يكون لإثبات وصية الحاضر إثباتاً 'وصية النائب لأن من أصله جواز تصرف أحد الوصيين دون الآخر . وفرق بينهما وبين الوكيلين لأن تصرف الوصي من جهة الولاية ، وتصرف الوكيلين من جهة الأمر ، فلا يعدو غير ما جعل إليه " . وإن قدم الوكيل النائب وادعى الوكالة أنفذها القاضي ولم يكلف إعادة البيعة لما بينا أن إثبات وكالة الحاضر بإثبات لو كاله أيضاً ، وإن جحد الوكالة لم يكن للوكيل الحاضر أن يقبض شيئاً من الدين بهذه الوكالة ، لأنه معترف بأن لا سبيل له إلى قبض الحق (٢) حيث ادعى " أن معه وكيلاً آخر " .

603 قال : { ولو كان الحاضر أقام البيعة أن فلانا بن فلان الفلاني وكله

(٢) ل : فذلك الترتيب .

602 (١) ساقط من ل .

(٣) ل : وحده .

(٤) ف : أنه وفلان النائب وكيلاً ، وقد بينا أنه ليس لأحد الوكيلين قبض الدين دون الآخر .

ووكيل فلانا^١ الغائب بمطالبة فلان بحقوقه قبله والخصومة، على أن يقوم كل واحد منهما^٢ بذلك على انفراده، جائز أمره، فإن القاضي يُنفذ شهادتهما، ويكون هذا الوكيل الحاضر خصماً في جميعه، وله أن يقبض. فإن لم يقبض شيئاً^٣ حتى قُدم النائب فادعى الوكالة وأراد أن يقبض شيئاً من القرم، فإن القاضي يكلفه إعادة البيئة على الوكالة {، من قبل أن الحاضر إنما ادعى أن كل واحد منهما وكيل بانفراده، فلا يكون في إثبات وكالته إثبات وكالة الغائب، لأنه حكم على الغائب^٤ من غير خصم إذ ليس في إثبات وكالة الحاضر إثبات لوكالة الغائب^٥،^٦ وفي الفصل الأول وكالتهما جميعاً وكالة واحدة وإثبات وكالة الحاضر لإثبات للغائب، فاذلك افتراقاً^٧.

قال^٨: { فإن حضر الغائب فأنكر الوكالة أو ادعاها، إلا أنه لم يكن له بيئة على إثباتها فللوكيل الحاضر أن يخاصم ويقبض حق الموكل { لأنه قد ثبت أنه وكيل على حدة، فقدم وكالة الآخر لا يقدح في وكالته.

فصل^(١)

604

{ ولو أن رجلاً قدّم رجلاً إلى القاضي فقال إن فلان بن فلان القلاف^(٢) [ل ١٦١ أ] على هذا ألف درهم، وقد وكّلتني فلان بطلب كل حق هو له ويقبضه والخصومة فيه، وأقام على ذلك بيئة، فإن أبا حنيفة قال: لا أقبل هذه الشهادة على المال حتى تثبت الوكالة، فإذا ثبتت الوكالة دعوت بالبيئة على المال وقال أبو يوسف: أقبل الشهادة على الأمرين جميعاً، فإن تعدّلت البيئة قضيت له بالوكالة وقضيت على المطلوب // [ف ١٣٨ ب] بالمال. وكذلك الوصي يقيم البيئة على وصيته من رجل ويقيم البيئة على مال المطلوب^(٣) في مجلس

(٢) ف: وليس هنا من مذهبي.

(٤) ساقط من ف.

(٦) كذلك في الأصل.

603 (١) ساقط من ل.

(٣) ساقط من ل.

604 (١) ساقط من ل.

وأحد وكذلك الوارث يدعى أن أباه مات ولا وارث له غيره ، وأن له على الرجل الذى حضر معه ألف درهم ، فأحضر بيته على نسيه وعلى وفاة أبيه وأنه وارثه ، لا يعلمون له وارثاً غيره ، وتشهد لأبيه (٣) بالمال على الرجل ، فهو بمنزلة الوكيل . وكذلك لو ادعى الوارث لأبيه داراً فى يدي رجل أو ضيعة أو غير ذلك ، فأحضر على ذلك شهوداً فتشهدوا بموت أبيه وأنهم لا يعلمون وارثاً غيره ، وشهدوا أن ذلك الشيء لأبيه وفى ملكه حتى مات وتركه ميراثاً ، فإن القاضى يقبل ذلك كله ويثبت ، فإذا عدلت (٤) البيعة حكم بذلك كله فى قول أبى يوسف (٥) { على ما قال الخصاص (٦) } . قال رحمه الله : قد ذكر محمد هذه المسائل من غير خلاف أنه يقبل . وذكر الخصاص ما هنا أنه لا يقبل فى قول أبى حنيفة . وهذا أقبس على أصولهم لأن ما هنا خصومتان ، إحداهما إثبات الوكالة والوصية والسب وغير ذلك ، والثانية إثبات المال . والخصومة فى إثبات المال مرتبة على الوكالة ونحوها مما ذكرنا لأنه ما لم يقيم البيعة على كونه خصماً لم تقبل بيته على إثبات المال ، كما لا تقبل بيعة من ليس بخصم على إثبات شيء للغير . وهذا كما قالوا فى العيب (٧) إن المشتري إذا ادعى أن بالعبد المشتري عيباً وأراد رده به لم تقبل خصومته فى الرد حتى يثبت العيب ، لأن الخصومة فى الرد مرتبة على الخصومة فى إثبات العيب . فلا يجوز أن تقبل الخصومة فى الرد حتى يثبت العيب . كذلك ما هنا وجب أن يثبت أنه خصم أولاً ثم يثبت الدين . وهذا بين لا إشكال فيه . وقد تقدم الكلام فى هذا هل الاضطراب ، لأننا بينا المسائل على أن قول أبى حنيفة مثل قول أبى يوسف ، وأنه يفرق بين الرد بالعيب وبين هذه المسائل . والآن قد اتضحت المسائل //

(٤) ف : حالت

(٦) ل : أبو بكر

(٣) ل : لأبيه

(٥) ساقط من ف

(٧) ل : الفاتب

[ل ١٦٦] ب [على أصله ، وأنه اعتبر فيها كلهما معنى واحد . وأما أبو يوسف فإنه استحسن قبول البيعة على الوكالة وثبوت المال في مجلس واحد ، فإذا عدلت البيعة حكم بالوكالة ^(٨) أولاً ثم ^(٩) بالمال حتى يكون إثبات الخصومة متقدماً لإثبات المال .

باب الشهادة على الوكالة

606

قال : { وشهادة ابني الوكيل على الوكالة غير جائزة ، وكذلك شهادة أبوي الوكيل } ، كما قلنا في سائر الحقوق من الأموال وغيرها . { وكذلك شهادة ابني الطالب وأبويه } لأنهما يشهدان لأبيهما بالوكالة على المطلوب ، فلا يجوز . { وكذلك شهادة امرأة الوكيل وامرأة الطالب . وكذلك شهادة مولى العبد // [ف ١٣٩] للعبد ، ومولى المكاتب للمكاتب } ، كما قلنا في الأموال ^(١) . { ولو شهد للوكيل شاهدان ، أحدهما أن الطالب وكله بقبض دينه من هذا الرجل ، وآخر شهد أنه جرّاه ^(٢) في ذلك فهو سواء } ، لأن المجزئ هو الوكيل ، فهما عبارتان عن معنى واحد ، فلا يمنع صحة الشهادة . { وكذلك لو شهد أحدهما أنه وكله في قبضه وشهد الآخر أنه سلّطه على قبضه ^(٣) فالشهادة جائزة ^(٤) } لأن الوكيل مسلط على القبض ^(٥) فلا فرق بين الشهادة بالقبض وبين التسليط عليه . { وكذلك ^(٦) لو شهد واحد أنه جمعه وكيلاً في قبضه ، وشهد الآخر أنه جمعه وضيّة في حياته في قبضه ، فهو سواء } لأن الوصي في حياته هو الوكيل فيكون المعنى واحداً .

(٨) ل : ولا يمين .

606 (١) في إعادة نفس الكلام . (٢) أي وكله .

(٣) ساقط من ف . (٤) ساقط من ل .

{ ولو شهد أحدهما أنه جملة وصية في قبضه ، ولم يقل : في حياته ، لم يجوز { ، لأن الوصى على الإطلاق إنما هو المتصرف بعد موت الموصى ، فلم يجتمع الشاهدان على جواز تصرفه في حال حياة الموكل . { ولو شهد أحدهما أنه وكله بقبض دينه من فلان وشهد الآخر أنه وكله بتقاضيه أو بطلبه منه فهو جائز { لأن الوكيل بالتقاضى وكيل بالقبض ، والوكيل في القبض وكيل في التقاضى . فكل واحدة من العبارتين تقتضى معنى القبض والاتضاء ، فيجوز لو كيله أن يتقاضيه في إثبات الدين عليه إن جحد على قول أبي حنيفة ، لأن الوكيل بالقبض وكيل في الخصومة عنده . وعندهما ليس له أن يتقاضيه في إثبات الدين إن جحد . وقد بينا هذا . وكذلك لو شهد أحدهما بقبضه وشهد الآخر أنه أمره بأخذه منه ، أو أنه أرسله في أخذه ، جازت شهادتهما في الأمر والرسالة بالأخذ والقبض ، ولا يكون وكيلاً // [ل ١٦٢ أ] في الخصومة عندهم جميعاً في هذا الموضع من قيل أن الأمر بالأخذ بمنزلة الرسالة عندهم ، والرسول بالقبض لا يكون له أن يتقاضى عندهم جميعاً . فإذا كان كذلك ففي مسئلتنا شهد أحدهما على الوكالة بالقبض وشهد الآخر على الأمر بالأخذ فلم يتفق الشاهدان على الوكالة بالقبض واتفقا على الأمر بالأخذ ، لأن كل وكالة تحت الأمر وليس كل أمر تحت وكالة . فإذا كان كذلك صار الشاهد بالوكالة بالأمر بالقبض والشاهد بالأمر بالقبض لم يشهد بالوكالة ، وإنما شهد بالأمر بالقبض ، فيحكم بشهادتهما بالأمر (٢) بالقبض ولا يحكم بالوكالة . فذلك لم يكن خصماً في إثبات الدين عند أبي حنيفة (٣) // [ف ١٣٩ ب] .

(٢) ساقط من ل .

٥٥٥ (١) ساقط من ل .

(٣) في ف هنا لفظة شرح زائدة ، وهي بنفس المعنى ولا حاجة إلى إثباتها .

{ فإن شهد أحدهما أنه وكله بالنصومة في هذه الدار إلى قاضي الكوفة ،
وشهد الآخر أنه وكله بالنصومة فيها إلى قاضي البصرة ، فالشهادة جائزة } ،
لأن خصومته إلى قاضي البصرة أو قاضي الكوفة ليس من شرط الوكالة
ولا يتعلق بها حكم . فلا اعتبار بهذا . فصار كأنهما لم يشهدا إلا بالوكالة
بالنصومة ولم يشهدا أنه يخاصمه فيها إلى قاضي الكوفة أو البصرة لأن الوكيل
أن ^(٢) يخاصمه إلى أيهما شاء ^(٣) فلا اعتبار بذكر القاضي . وهذا مثل ما يقول
في شهادة أحدهما إنه أقر لفلان بألف درهم يوم الجمعة وشهد الآخر أنه أقر له
يوم الخميس بألف درهم ، إن الشهادة ثابتة على الألف وإن اختلفا في وقت
الإقرار ، لأن كون الوقت لا يغير الحكم . كذلك هذا ^(٤) .

608 قال : { وإن شهد أحدهما أنه وكله بالنصومة إلى فلان الفقيه ، وشهد
الآخر أنه وكله إلى فلان الفقيه ، رجل آخر ، فإن هذا لا يجوز } . وليس
هذا كالباب الأول من قبل أن النصومة لا تكون عند الفقهاء ، وإنما تكون
عند القضاة . فهو لما جعل إليه الوكالة بالنصومة إلى الفقيه جعل التحكيم والمصالحة
إلى ^(١) الفقيه ، فلا يجوز للوكيل العدول إلى غيره . فإذا كان هذا مقتضى الوكالة
بالنصومة إلى الفقهاء صارت شهادة أحدهما بالوكالة إلى فلان الفقيه بمنزلة
الشهادة بالوكالة على أن يصالحه فلان الفقيه ، وشهادة الآخر أنه وكله أن يصالحه
الفقيه الآخر ، فلا تجوز .

(٢) ف : يخاصم أيهما شاء .

607 (١) ساقط من ل .

(٣) هذا في ف ، ج فقط .

608 (١) ساقط من ف .

باب ما لا تجوز فيه الوكالة^(١)

609

{ والوكالة في الحدود لا تجوز } لأن الحد يسقط بالشبهة^(٢) فلا يجوز فيه الأبدال بدلالة أن الشهادة على الشهادة فيه غير جائزة، وكذلك شهادة النساء مع الرجال لا تقبل لكونها بدلا عن شهادة رجل^(٣)، فكذلك // [ل١٦٢ ب] الوكيل لما كان يقوم مقام الموكل لم يجوز. وأيضاً فإن حال^(٤) إقامة الحد أكد من حال الإثبات، لأن الحد إنما يثبت للإقامة^(٥). فلما اتفق الجميع على أن الأبدال في الإثبات لا يصح،^(٦) أعني لا يجوز أن يثبت بشهادة // [ف١٤١ أ] النساء مع الرجال التي هي قائمة مقام رجل واحد، ولا الشهادة على الشهادة^(٧)، ففي إقامة الحد أخرى ألا يصح فيه البديل. وأيضاً لم يختلفوا أن النصف الذي يقام عليه الحد لا يجوز أن يؤخذ منه بدل في إقامة الحد عليه. كذلك النصف الآخر.

قال^(٨): { والقصاص في هذا مثل الحدود } لكونه مما يسقط بالشبهة. وأما إثبات الحد فإن أبا حنيفة قد جوز أخذ الوكيل فيه لأنه ليس فيه إقامة الحدود، وإنما هو سبب من أسبابه، ويجوز في السبب^(٩) ما لا يجوز مثله في الحد. ألا ترى أن شهادة النساء من الرجال جائزة في الإحصان وإن كان الإحصان من شرائط وجوب الرجم عند الزنى^(١٠) وسبباً من أسبابه؟ كذلك يجوز في الإثبات ما لا يجوز في إقامة الحد. وأيضاً لما لم يكن في الإثبات إقامة الحد^(١١) وإنما هو الخصومة والمطالبة بالحق صار كسائر الحقوق التي لا تسقطها الشبهة. وأما عند أبي يوسف ومحمد فإن الوكالة في الإثبات لا تصح لأنه به

609 (١) ل: الشهادة . (٢) في ل: تقديم وتأخير .
(٣) ف: الإقامة . (٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ل . (٦) ساقط من ف .
(٧) ف: غير السبب . (٨) ساقط من ل .

يُتوصل إلى إثبات المدعى^(١) فلا يجوز أن يقوم الغير فيه مقام الغير بدلالة شهادة النساء ، والشهادة على الشهادة^(٢) .

810 قال : { وكذلك الرجل يشتري عبداً فيجد به عيباً فيוכל وكيلاً في رده ، إن زكيله لا يقدر على رده حتى يحضر المشتري فيُحلف : بأنه مارضى بالعيب^(٣) ولا أبرأه منه ، ولا هر ضه على بيع منذ علم بالعيب { قال الشيخ^(٤) : وهذا خلاف ما قال محمد في الأصول أن للوكيل أن يرده على البائع ما لم يدع البائع رضاه للمشتري .^(٥) وذكر أبو نصر البخاري^(٦) القاضي بمحضرة الشيخ أن الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة بمثل هذا فقال : ليس له أن يرده وإن لم يدع البائع رضاه للمشتري بالعيب حتى يحضر المشتري فيُحلف^(٧) . قال الشيخ : ووجه أن جعل العيبين هاهنا حقاً للبائع وإن لم يدع [البائع] ، كما قالوا في القاضى أنه يحلف المشتري إذا أراد أن يرد المبيع على الميت . والوجه في ههنا أن للقاضى أن يحتاط في مال الميت فيحلف المشتري : بأنه مارضى بهذا العيب^(٨) . وأما هاهنا فإن الحق للبائع وهو حي ، فإذا لم يدع وجب أن لا يثبت له هذا الحق . والصحيح^(٩) ما قال محمد من قبل أن حق الرد قد وجب على البائع فلا يسقط عنه في الحال ما لم يدع سقوطه ، فإذا ادعى ذلك حينئذ يؤمر بإحضار المشتري حتى يحلف على دعواه ثم يرده .

(١) ف : وهذا يلزمهما في الإحصان .

(٢) ل : أبو بكر .

810 (١) ب : بالميد .

(٣) لعله أحمد بن عمرو بن محمد بن موسى بن عبد الله القاضي البخاري ، أبو نصر . يعرف بالمرافق . كان على قضاء سمرقند مدة ومات ببخارى سنة ٣٩٦ هـ . أنظر الجواهر المثنية ، ج ١ ، ص ٨٧ .

(٤) ف : البيع .

(٥) ساقط من ل .

(٦) ف : والمعهور .

811 باب الرجل يريد سفراً وهو مطلوب فيوكل //

[ل ١٦٢] [ف ١٤٠ ب]

{ ولو أن رجلاً أراد سفراً فطالبه رجل بحق يدعيه قبله ، فقال المطلوب : أنا أوكل وكَيْلاً بمصومته جائز ما قضى به عليه " وكفيل بما قضى عليه " لهذا الطالب ، فإن القاضى يقبل ذلك منه ويجبر الطالب على قبول ذلك إن أبى سواء كان الكفيل والوكيل رجلاً واحداً أو اثنين } ، من قبل أن القاضى منصوب لإيصال كل ذى حق إلى حقه . فإذا قدر على إيصال الطالب إلى حقه لم يجوز له أن يمنع المطلوب " عن السفر . وها هنا يصل الطالب إلى حقه لأنه يتخاضم الوكيل فيما يدعى على المطلوب " . فإذا ثبت الحق حيثئذ يأخذه منه إن كان كفَيْلاً ، وإن كان الكفيل غيره أخذه منه أيضاً . وليس الوكيل ها هنا كوكيل الحاضر في قول أبى حنيفة ، " أنه لا تجوز وكالة الحاضر " من قبل أن الحاضر يلزمه الحضور إلى عند القاضى في وقت النصومة ، والغائب الذى يسافر سفر ثلاثة أيام لا يلزمه الحضور إلى عنده هذا القاضى . فإذا كان كذلك فارق السفر الحاضر إذ قد لزمه الحضور عند هذا القاضى في حال الحاضر ، فيكون الحضور حقاً للطالب ، فلا يجوز للمطلوب أن يسقطه عن نفسه إلا برضاء خصمه . وفي حال السفر هذا الحق ساقط عنه . فلذلك أفتى .

812 قال : { وليس للوكيل أن يخرج نفسه من الوكالة إلا بمحضر من الطالب } . قال الشيخ (١) : ليس للوكيل ولا للمطلوب أن يخرج الوكيل من الوكالة بغير محضر من الطالب إذا كان الطالب هو الذى أخذه منه (٢) سواء كان بمحضر من القاضى أو بمحضر غيره (٣) ، لأن الوكالة قد صارت حقاً للطالب

811 (١) ساقط من ف . - (٢) ساقط من ل .

812 (١) ل : أبو بكر . - (٢) ساقط من ل .

٢٣ إذا كانت على هذه الصفة^(٢) وتعلق بها حق الخصومة ، فلا يكون للوكيل أن يسقط عن نفسه ذلك ويحيل به إلى غيره ، كالكفيل ليس له أن يخرج نفسه من الوكالة بنفي محضر من المكفول له . كذلك هذا .

قال : { وإن أخرجه من الوكالة بمحضر من الطالب فأخراجه إياه جائز ، وللطالب أن يأخذه بإقامة وكيل أو يقيم ولا يخرج فيخاصه بنفسه } ، من قبل أن حق الطالب إنما هو الخصومة ، فإذا أخرج للمطلوب الوكيل من الوكالة أو أخرج الوكيل نفسه^(٤) برضاء الطالب فإنه يجوز ذلك^(٥) ، وللطالب أن يأخذ المطلوب بحقه حتى يقيم غيره مقامه ، أو يقيم بنفسه فيخاصه هو ويوصل الطالب إلى حقه // [ف ١٤١ أ] وإنما كان^(٦) للمطلوب أن يعزل^(٧) الوكيل وإن سخط الطالب لأن حق الطالب إنما // [ل ١٦٣] هو الخصومة ، وليس في عزل الوكيل إسقاط خصومة الطالب^(٨) .

813 قال : { ولو جاء المطلوب إلى القاضي وليس الطالب حاضراً فقال : قد كنت وكلت هذا بخصومة فلان فيما يدعى قبلي من حق ، وهذا الوكيل يريد سفراً ، أو قال : أتممه أن يُقرَّ على بشي يلزمي إقراره ، وقد أخرجته من وكالتي ووكلت هذا الآخر ، لرجل آخر أحضره إلى القاضي ، وقبل الوكيل الوكالة ، فإنه ينبغي للقاضي أن يأمره أن يحضر الطالب حتى يوكل هذا بمحضته . فإن كملسبه فلم يقدر عليه أثبت القاضي الوكالة وأخذ من الوكيل الثاني كفيلاً لكي لا يغيب عن الطالب . فإذا توثق من الوكيل الثاني فإن الأول يخرج من الوكالة والثاني خصم للطالب } . أما إحضار الطالب أولاً ، إن قدر

(٤) ساقط من ف .

(٢) ساقط من ف .

(٥) ف : له أن يعزل .

(٦) ف : هنا سؤال وجواب عن نفس النقطة المبحوثة ، وليس في لإثبات هذه النقطة

جديد قائمة .

عليه ، فلأن الخصومة حق له ، والأحسن أن ينصب الخصم بمحضته^(١) .
وأما إذا تمذر على المطلوب إحضاره فإنما جاز للقاضي أن يخرج الوكيل الأول
من الوكالة ويقيم الثاني مقامه ، لأن حق الطالب إنما هو الخصومة ، وقد رضى
في الابتداء أن يُقام مقام الموكل غيره ، أو قد لزمه ذلك من جهة الحكم .
والثاني فليس له أن يتمتع من ذلك . ألا ترى أن الطالب لو حضر عند القاضي مع
المطوب وأخرج المطلوب الوكيل من الوكالة لم يكن للطالب أن يمنعه من ذلك ؟
كذلك إذا كان غائباً فأقام غيره مقامه . قيل للشيخ : قبل للمطوب أن يقيم
غيره مقامه وكيلاً عند القاضي إذا أراد سفره والطالب غائب ، فقال : نعم //
[ف١٤١ب] لأنه ليس للطالب حق الإحضار في حال السفر ، فإذا أقام مقام
نفسه من^(٢) يتفاهم عنه متى شاء لم يكن فيه إبطال حق الطالب . فإذا كان كذلك
ففي مستأنسا أخرى أن يجوز .

614 قال : { وكذلك لوجه إلى الشهود فقال : كنت أشهدكم على وكالتي لهذا
في خصومة فلان فيما يدعى قبلي من حق ، وقد أخرجته من وكالتي هذه
ووكلت فلان بن فلان هذا في خصومة فلان فيما يدعى قبلي ، وقبلت الوكالة
بمحض من الشهود ، فإن هذا مثل الأول { لأن الطالب لم يتعاق له على الوكيل
حق لازم بعد كما يلزم الكفيل للكفول له . فلا فرق بين الوكيل الأول والثاني
" في خصومة إياه " .

"وقال : { فإن حضر الوكيل الأول والثاني^(٣) والطالب وهؤلاء الشهود
عند القاضي فشهد الشهود على وكالته إياه // [ل١٦٤أ] وعلى إخراج الأول من
الوكالة ، فإنه يقبل الشهادة في ذلك ويخرج الأول من الوكالة ويكون الثاني وكيلاً

(٢) ف : ثم .

(٣) ساقط من ف .

613 (١) ف : لخصومة .

614 (١) ساقط من ف .

في خصوصته { . فلا فرق بين أن يخرج المطلوب الوكيل الأول من الوكالة عند القاضى أو عند غيره ، كان الطالب حاضراً أو غير حاضر ، قبل (٣) أن يستبدل بالوكيل الأول غيره عند القاضى أو عند الشهود الذين هم شهود على وكالة الوكيل ، (٤) لأنه إذا أخرجه عند غير الشهود أو عند غير القاضى ولم يحضر الشهود (٥) لم يصح إخراج الأول من الوكالة ، لأن الشهود إن شهدوا على وكالة الأول فيقضى عليه القاضى بوكالته إياه ، فلهذا شرط الشهود والقاضى ، لا لشيء آخر .

815 قال : { وإن كان الخصم قد ثبت حقه على الوكيل الأول بينة أقامها ، ثم أخرجه الموكل من الوكالة وكل غيره ، فإن ذلك جائز { من قبل أن الحق إذا ثبت فإنه لا يلزم الوكيل إيقاؤه ، وإنما لم يلزم الموكل أن يؤديه إليه ، وإنما تنظم الوكالة الخصومة في الإثبات والنق مع الطالب ، فإذا أثبت الطالب حقه بينة ، ثم عزله الموكل وأقام غيره مقامه ، قضى (٦) القاضى بالحق على الوكيل الثانى . كما أن الوكيل الأول لو مات بعدما سمعت الشهادة عليه كان للقاضى أن يقضى بذلك السماع على الموكل . وكذلك يقضى على الثانى إذا هو قائم مقام الأول .

816 قال : { ولو كان الموكل (٧) جعل الأمر إلى الوكيل فى أن يوكل غيره كان جائزاً ، وله أن يوكل غيره { ، لأن الوكالة بعقد الوكالة (٨) على غيره (٩) جائزة كما تجوز بعقد البيع وغيره .

قال : { وإن أخرج الوكيل الثانى من الوكالة كان جائزاً سواء كان ذلك

(٣) ساقط من ل

(٤) ف : لأنه إن لم يكن عند الشهود أو عند القاضى .

815 (١) ف : فصار .

(٢) ساقط من ل :

816 (١) ف : الأول .

محضر من الطالب أو لم يكن { . أما عزل الأول للثاني ، وإن كان الثاني وكيلًا للوكيل الأول // [ف١٤٢ أ] دون الوكيل الأول عندهم فليحكما بيننا فيما تقدم أن عزله للوكيل الثاني من جهة جعل الأمر إليه في التوكيل والعزل ، لا لأن الثاني وكيل الأول . فإذا كان كذلك وجب أن يجوز هذا كما جاز للوكيل أن يوكل ويعزل وكيله عن الوكالة . وأما حضور الطالب ^٣ وغيبته فهو سواء لما بينا ، لأن الأول على وكالته ، فيصل الطالب إلى حقه معه ^٤ .

617 قال : { ولو وكل // [ل ١٦ ب] وكيلًا يبيع عبد وقد جعل إليه أن يوكل غيره ، فوكل الوكيل غيره ببيعه ، فباعه الثاني ^١ ثم استحق ^٢ ، ورجعوا بالثمن عليه ، فإنه ^٣ يرجع بالثمن الذي يتقدمه على الوكيل الأول { . ^٤ وقد جعلوا الوكيل الثاني وكيلًا للأول في هذا الموضع ، وفرقوا بين هذه الوكالة وبين الوكالة في مستثنى ، من قبل أن في الوكالة الأولى لا يتعلق حقوق العقد بالعقد ، وقد شبهناها فيما مضى بالإباحة . وما هنا إذا كان وكيلًا بالبيع فإنه يتعلق [به] حقوق العقد ، ولأنه لو حلف الوكيل الثاني بأنه لا يبيع للوكيل شيئاً ، فباع المبدل على هذا الوجه ، كان حائلاً ، وفي المسئلة الأولى ليس كذلك . فلذلك افترقا ^٥ .

618 قال : { ولو أن المطلوب أو الوكيل الأول وكل الثاني بغير محضر من الثاني ، والطالب حاضر ، فلطالب أن لا يقبل هذه الوكالة { ، لأن الطالب لا يأمن أن لا يقبل الغائب الوكالة ، فيبقى بلا خصم يخاصمه في إثبات الحق .

قال : { ولو أن المطلوب وكل الثاني وقبل الوكالة ، ثم أقر على المطلوب

(٣) ف : فلما لم يحتج إليه في سعة الزل لأن الأول قائم مقامه . [وهنا يبيع ف ف مزيد من المرح ل نفس النقطة ولا فائدة من إثباته] .

617 (١) ف : لم الثاني يبيع أن .

(٢) الاعتماد هنا على ل ، إذ أن : مضطربة في هذا الموضع .

بالدين ، لحكم إقراره كحكم إقرار الأول لو أقر { على مايتنا من الاختلاف فيه
 "بين أصحابنا : إن عند أبي حنيفة ومحمد يجوز إقراره عند القاضي ولا يجوز
 عند غيره . ويجوز عند أبي يوسف عند القاضي وعند غيره ، وعند [ف
 ١٤٢ ب] زفر لا يجوز على حال . وقد يتنا فيما تقدم " .

619 قال : { ولو أن المطلوب وكّل الوكيل في خصومة هذا الطالب وليس
 الوكيل بمحاضر ، وأشهد على وكالته ، ورضى بذلك الطالب ، فقبل الوكيل
 الوكالة حين بلغه ، " فإنه يجوز " وثبتت الوكالة ، وليس للمطوب أن يخرجه
 من الوكالة إلا بمحض من الطالب ، أو يستبدل على ما وصفناه { ، من قبل أن
 عقد الوكالة عقد لإباحة وليس بعقد تمليك . فيجوز أن يوقف على ما بعد المجلس
 عندم جميعاً إذا لم يكن الوكيل القابل في المجلس ، بدلالة ما قالوا جميعاً في الإباحة
 إذا قال الرجل : قد أبحث هذا الطعام لفلان ، وفلان غائب عن المجلس ،
 قبلته ذلك فأكل الطعام بعد ذلك ، إنه يجوز " ولا يضمن " . كذلك هذا .
 والأصل في جواز الإباحة " على ما بعد المجلس " ما روى عن النبي صلى الله
 عليه وسلم " أنه أمر [ناجية الأسلى] " أن يذبح ما [يعطى] " عليه ويصنع
 نعله بهما ويضرب بها صفحتها ويخلى بينها وبين الناس " ولم يأمره بأن يقف
 حتى يأكل المباح له أو يفرقه عليهم حتى تقع الإباحة ، أو يقبلوا ذلك منه
 بالقول . فصار هذا أصلاً في جميع المباحثات .

618 (١) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ف .

619 (١) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ل .

(٤) ل : ناجية بن جندب . ف : أحمد جند الأسلى . وناجية الأسلى هو صاحب
 مدى الرسول (مسلم) . أنظر سنن الداريم ، ج ٢ ، ص ٦٥ حيث الحديث " كل بدلة
 عطبت فانحرها ثم ألقى عليها في دهما ثم خل بينها وبين الناس قليلاً سكوها " .

(٥) في الأصل : دمع .

620 قال : { وإن أشهد الموكل // شهوداً أنه قد أخرج الوكيل من الإقرار عليه "بشيء وحجر عليه في ذلك وليس الطالب بحاضر لذلك فأخرجه إياه من الإقرار عليه" جازر . وكذلك لو كان للموكل قد جعل الأمر إلى الوكيل في أن يقيم غيره مقامه من الوكلاء ، ثم أشهد عليه : بأنني قد حجرت عليه في أن يوكل على من أحب ، فلذلك له وإن لم يكن ، الطالب حاضراً . وهذا قول محمد . وروى عن أبي يوسف أنه قال : ليس له أن يخرج الوكيل من الإقرار عليه ولا من أن يوكل عليه إلا بمحض من الطالب إذا كان في الابتداء قد وكله وكالة مطلقة ولم يحجر عليه في الإقرار ، أو وكله وجعل إليه أن يوكل عليه من رأى ثم أراد أن يحجر عليه بعد ذلك { . إنما وجه قول محمد فلأن جواز الإقرار على الموكل وتوكيل الغير ليس بحق ^(١) للطالب بدلالة أن الطالب لو قال في الابتداء : لا : أقبل إلا وكيلاً يجوز إقراره عليك وتوكيله غيره لم يلتفت إلى قوله . ولا يلزم المطالب أن يوكل وكيلاً يجوز إقراره عليه وتوكيله عليه . كذلك بعدما جعل إليه ذلك - إلى الوكيل - كان له أن يحجر ^(٢) عليه في ذلك ، إذ ليس ذلك بحق للطالب ، وإنما حق الطالب الخصومة فقط . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن الإقرار وجواز توكيل الغير قد تعلق // [ف ١٤٣] أ [به حق الطالب ، فإن لم يكن له في الابتداء ذلك فليس للطالب أن يحجر عليه في ذلك كما ليس له أن يحجر عليه في الوكالة بالخصومة ما لم يحضر الطالب ، إلا أن يستبدل به غيره .

621 باب إثبات النسب

الأصل في هذا الباب أن المدعى لإثبات النسب أو غيره إذا ادعى إثبات النسب أو ذلك المعنى بينه وبين المدعى عليه فإن القاضي يقبل خصومة المدعى

(٢) مقيد في قوله هنا : الغير .

620 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : يجوز .

وإن لم يدع به حقاً غيره . وإن كان السب الذي يدعى المدعى ، "أو المعنى الذي يدعيه حقاً ثبت من غيرهما أولاً ، لم يكن بينهما خصومة ، إلا أن يدعى المدعى بذلك إثبات حق آخر لا يتوصل إلى إثباته إلا بإثبات السب . فأما الفصل الأول فأنما يكون خصماً لأن الحق المدعى ثبت بينهما ، فصار كالطالب // [١٦٥ ب] والمطلوب في الدين إذا كانا حاضرين تقبل الخصومة . وأما الفصل الثاني فأنما لم تقبل الخصومة إذا لم يدع به حقاً غيره فإلّا هذا حق على الغائب ، والحكم على الغائب غير جائز عندنا ما لم يدع الحاضر بذلك إثبات حق على الحاضر . فإذا ادعى إثبات حق على الحاضر ، ولا يتوصل إليه إلا بإثبات الحق [على^(١)] الغائب كان له أن يخافم الحاضر ويثبت الحق عليه وعلى الغائب إذا كان الحق حقاً واحداً . ألا ترى لو أن رجلاً جاء وادعى على رجل أنه في يده وديعة لفلان لم يلتفت إلى قوله ، ولو قال : لي على فلان المودع دين ووكّل هذا بأدائه إلى من الوديعة التي في يده ، وأقام على ذلك بينة قبلت بينته وإن كانت الوكالة على الغائب وإثبات الوديعة للغائب ، لأنه لا يتوصل إلى استيفاء حقه إلا من هذه الجهة . فصار خصماً في إثبات وكالة المودع وكون الوديعة في يده من جهة الغائب . وكما قالوا في حرمان الميت إذا لم يدعوا الدين على الميت وأرادوا إثبات التركة في يدى الورثة لم يلتفت إلى قولهم ، ولو [ادعوا^(٢)] المال على الميت قبلت بينهم على موت الميت وترك المال في يده ، لأنه لا يتوصل إلى استيفاء حقه إلا بإثبات موت الميت وأنه قد ترك مالا في يدى الورثة . فكذلك ما ذكرنا مثله . فإذا كان هذا على ما وصفنا جئنا إلى مسائل الباب فقلنا :

622 { إن الرجل إذا ادعى على رجل أنه أخوه لأبيه وأمه ، وجد ذلك

622 (١) ساقط من ل .

(٢) في الأصل : على أن .

(٣) في الأصل : ادعى .

للمدعى عليه ، فقال المدعى : أنا أقدم البينة على ذلك ، فإن القاضي يقول للمدعى إذا كان قبله ميراثاً يدعى من قبل أبيه أو من قبل أمه ، أو كان زماً فطلب نفقته ، أو يدعى عليه حقاً من الحقوق التي تتعلق بالنسب ، فيقبل بيته على ذلك ويجعله أمه { لما بنا ، من قبل أن الأخوة } [ف ١٤٣ ب] لا تثبت بينهما إلا بالنسب من جهة الأب ، فيكون ذلك حكماً على الأب الغائب ، فلا يقبل . وإن لم يدع بذلك حقاً غير إثبات النسب " لم يثبت إلى " بيته . ولو ادعى أنه أبوه قبلت بيته لأن البينة حق يثبت بين الإبن والأب ، // [ل ١٦٦ أ] فالحصم فيه هو المدعى عليه دون غيره . { وكذلك لو ادعى أنه ابنه فهو مثل هذا { لما بنا . { ولو ادعى أن هذه امرأته ، أو ادعت المرأة أن هذا زوجها وأنكر المدعى عليه ذلك ، فقبل بيته للمدعى وإن لم يدع به غير الزوجية } ، لأن الزوجية حق يثبت بين المدعى والمدعى عليه ، وليس ذلك حكماً على الغائب فيكون الحصم فيه المدعى عليه . { وكذلك المولى لو ادعى أن هذا الرجل كان عبده وأنه أعنته ، أو ادعى العبد أن هذا الرجل أعنتى وهو مولاي ، وأنكر المدعى عليه ، قبلت بيته للمدعى من الوجهين جميعاً } ، لأن الولاء حق يثبت بين المعتق والمعتق ، فالحصم في إثباته [ونفيه]^(١) المعتق والمعتق ، لا غيرهما .

623 قال^(١) : { ولو أن رجلاً في يده صبيّ انقطعت لجامت امرأة فأقامت بيته أنها حرة الأصل وأن هذا الصبي أخوها لأمها وأبيها ، قبلت بيته وأثبتت نسبه منها وجعلته أمها ودفعه إليها { لأن الأخوة وإن كانت حقاً يثبت أولاً من جهة غيرهما فإن المرأة هو ذا^(٢) تدعى بها إمساك الصبي ، وهي لا توصل إلى ذلك إلا بإثبات الأخوة . فيكون خصماً في إثبات الأخوة لما بنا فيما تقدم .

622 (١) ساقط من ل .

(٢) في الأصل : وسبه .

623 (١) ساقط من ف .

(٢) كذلك في الأصل ، والأصح : ما هنا .

624 { ولو أن رجلا له على رجل ألف درهم دين ، أو له في يده ألف درهم صعب ، أو وديعة ، فأت صاحب المال ، وجاء الرجل فقدم الذى قبله المال إلى القاضى ، فقال : إن صاحب هذا المال مات وأنا ابنه ووارثه لا وارث له غيرى ، فإن صدقه الذى قبله المال فيما يدعى من المال أمره القاضى يدفع الدال إليه ، ويأخذ القاضى منه كفيلا بذلك فى قول أصحابنا . وإن أنكر المدعى عليه جميع ما ادعى من وفاة الرجل وأنه ابنه وهو مقر بالمال فأراد للمدعى استحلافه ، فإن الحسن بن زياد استحلفه على عمله : باقته ما يعلم أن فلان بن فلان الفلانى توفى وأن هذا ابنه . فإن نكل عن التمين أمره القاضى بالدفع إليه . وإن حلف على ذلك قيل للمدعى : ثبت دعواك . وقال : قد روى عن أصحابنا أنهم قالوا : نحلفه على مثل ما قل // [ل ١٦٦ ب] الحسن بن زياد بعد أن كانوا يقولون لا نحلفه على ذلك .

قد انتظمت هذه الجملة دعاوى ، أحدها موت الميت ، والثانى أن هذا وارثه ، والثالث أن [لليت]^(١) فى يد هذا المدعى عليه مالا . فإذا جاء الرجل وادعى موت الميت ، وأنه ابنه ، ولليت فى يد هذا مال ، يقال للمدعى عليه ، فإن أقر بجميع ذلك فإن القاضى يأمر الرجل بدفع المال إلى المدعى ويأخذ منه كفيلا فى قول أبى يوسف ومحمد ، ولا يأخذ // [ف ١٤٤ أ] فى قول أبى حنيفة . وقد بينا هذا فيما تقدم - أعنى معنى الكفيل - وأما الدفع فإنه قد مر أيضاً . ووجه أن هذا لا يقع به القضاء على الميت ، وأنه هو قضاء على الذى في يديه المال . ومتى ما ظهر أن صاحب المال لم يمت أخذ المقر بذلك كما قلنا فى الوكيل بقضى الدين : إذا صدقه المدعى عليه فى ذلك أمره القاضى بأداء دينه عن الغائب وإن لم يكن ذلك قضاءً على الغائب . وأما فى الوديعة فإنما يؤمر بدفعها أيضاً إلى الوارث إذا أقر بها المودع . وطارق هذا الوكيل لأن الوارث يخلف الميت فى ملكه ، فإذا أقر بأنه وارثه فقد اعترف

بأنه قائم مقامه ، فعليه تسليم الوديعة إليه . وأما الوكيل فلا يتخلف الموكل في ملكه ، فلذلك افترقا ، ولا يشبه هذا الوصى . إن المقر لا يصدق على أن هذا وصى الميت ولا يؤثر بدفع شيء إليه لأن الأمر بالدفع إلى الوصى حكم على الغائب ، إذ القاضى ينصب الأوصياء عن الميت ، فصار أمره بالدفع إليه كنصبه له وصياً على الميت : وليس للقاضى أن ينصب عن الميت وارثاً ، ولا يكون أمره بالدفع إليه نصباً للوارث إذ لم يكن له إلى ذلك سبيل . فلا يقع الحكم بذلك على الميت . فهذا حكم لإقراره بالمال والموت وكون المدعى وارثاً .

فإن أقر بالمال ولم يكن يقر بالنسب ولا موت صاحب المال فإنه قد قال عن الحسن إنه 'يخاف على دعوى المدعى . وهو قول أصحابنا الأخير ، وقولهم الأول أنه لا يخلف . فأما وجه قولهم الأول فلأن النسب والموت لا يثبتان بقول المدعى عليه ، لأنه لو أقر أيضاً لم يحكم القاضى بموت الميت ، ولا يكون المدعى وارثاً // [ل ١٦٧] وإنما يحكم على المدعى عليه بإقراره . فإذا كان كذلك لا معنى لاستحلافه . ووجه قول الحسن ، وهو قول سائر أصحابنا الأخير ، أن للمدعى حقاً في استحلاف هذا لأنه لو نكل عن اليمين لزمه تسليم المال ، فلذلك 'خلف . وقد تقدم قبل هذا أن الوارث لا يكون خصماً في إثبات المال على قول أبي حنيفة حتى يثبت أنه وارث الميت وأن أباه قد مات لأنه لا يصير خصماً إلا عند ذلك . وكذلك الوكيل والوصى كما قالوا جميعاً في الرد بالعيب إنه لا يكون في إثبات الرد حتى يثبت العيب . فإذا كان كذلك ففي مسئلتنا لو أنكر ذلك المال والنسب " ، وجب أن لا يكون خصماً في إثبات المال حتى يثبت الموت والنسب بالينة . فإذا ثبت ذلك ، حيث كان خصماً في إثبات المال .

625 قال : { وإن أقر الذى فى يديه المال بموت الميت وأنكر أن المدهى وارثه فإنه يحلف : باقته ما يعلم أن هذا فلان بن فلان } - يعنى الميت . وهذا على ما بينا من القول الاول والآخر وهو قول الحسن // [ف ١٢٤ ب] ووجهه ما قدمنا .

قال : { فإن أقر بأنه ولرثه إلا أنه قال : لا أدري له ^(١) وارثاً غيره ، فإن القاضى يتلوم وينظر ، فإن جاء وارث آخر ، وإلا دفع المال إلى هذا . وإن رأى أن يأخذ منه كفيلاً بذلك فعل } - يعنى من الوارث . وقد بينا فيما تقدم أن على قول أبى حنيفة لا يلبى أن يأخذ منه كفيلاً ، وهذا يجوز احتياطاً .

626 قال : { وإذا أراد الرجل أن يثبت نسه من أبيه ، وأبوه ميت ، فإن القاضى لا يسمع من شهوده إلا على خصم ، والخصم فى ذلك وارث الميت ^(٢) أو غريمه ، كان للميت عليه حق أو له على الميت حق ، أو وصى [له] أو وصى } . وقد بينا فيما تقدم فى مسائل الوصى من قبل أن الوارث يريد أن يثبت نفسه خصماً عن الميت ، ولا يمكن إثباته خصماً عنه بيئته إلا بخصم ، إذ البيئته لا تقبل على غير خصم . فإذا كان كذلك ، لا بد من إحصاء خصم حتى يثبت نسه . وخصوم الميت هؤلاء الذين سميناهم لأن الوارث خصم فيما يدعى للميت وعليه . وكذلك الوصى والموصى له يكون خصماً // [ل ١٦٧ ب] أيضاً إذا لم يكن للميت دين ، فيستحقون أخذ ما أخذ الموصى له ، أو لم يظهر له ^(٣) دين فيكون خصماً فيما يستحقه من مال الميت بالوصية . والغريم الذى عليه حق الميت خصم فيما يستحق عليه للميت والغريم الذى له حق على الميت خصم فيما يستحق على الميت . فإذا كان كذلك قبلت بيئته الوارث على نسه من الميت بمحضرة واحد من هؤلاء .

625 (١) ف : أنه .

(٢) ساقط من ف .

626 (١) ساقط من ل .

627 باب إثبات الدين والحقوق على الميت

قال : { وإذا توفي الرجل وادّعى رجل عليه حقاً أو شيئاً مما كان في يديه : داراً أو ضيعة أو غلاماً أو جارية أو عرضاً من العروض ، أو ادّعى عليه ديناً ، فخاصمه في ذلك بعض الورثة أو الوصى . فأراد أن يثبت حقه بمحضر من الوارث أو الوصى ، فذلك جائز على جميع الورثة { من قبل أن الوارث الواحد خصم عن الميت ، ألا ترى أن له أن ينفذ وصاياه ويرد المبيع على بائعه بالبيع ؟ " فإذا كان كذلك قبلت بينة المدعى على الوارث بثبوت الدين عليه ويقضى على الميت بذلك " لأن البينة قد سمعت على خصم فيقضى بها . وإذا قضى بالمال على الميت صار ذلك قضاء على جميع من يستحق من حصة الوارث والموصى له وغير ذلك . فذلك قانا : إن أحد الورثة يجوز أن يقبل بينته [على] المدعى عليه ويكون ذلك قضاء على سائر الورثة .

628 قال : { فإن أقر الوارث بالدين الذي ادّعاه الخصم لزمه في حصته حتى يستغرق ذلك جميع حصته " . فلا يجوز الإقرار على الميت وإن كان خصماً عنه في سماع البينة عليه { من قبل الوارث وإن كان خصماً في سماع البينة عليه ، فإن تصرفه على الميت غير جائز ، لأن الميت لم يُقمه مقام نفسه ، فلا [ف ١٤٥] يجوز إقراره عليه . وأيضاً فإن تصرف الإنسان فيما يكون فيه ضرر على الميت لا يجوز . ألا ترى أن الوصى له أن يتصرف على الميت ومع ذلك لا يجوز إقراره لأن فيه ضرراً على الميت ؟ وكذلك القاضي يتصرف على الميت ولا يجوز إقراره عليه أيضاً فيما لا يتقرب الناس فيه ، لأن فيه ضرراً على الميت . فقد بان لك أن تصرف الإنسان فيما يضر بالميت غير جائز عليه . وكذلك

إفراد الوارث بالدين لا يجوز على الميت . وليس كذلك قبول البينة عليه لأن المصدى يدعى على الوارث استحقاق ما في يديه بالدين الذى يدعى على // [١٦٨] أ الميت، فلذلك قبلنا بينته عليه وصار خصما عنه من هذه الجهة . ولا يشبه هذا الوكيل . عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد جميعاً يجوز إقراره عند القاضى على الموكل ، وعند أبى يوسف يجوز عند غير القاضى أيضاً من قبل أن الموكل قد أقام الوكيل مقام نفسه فى الخصومة ، وليس تصرفه مقصوداً على ما لا يلحق الضرر بالموكل . ألا ترى أن أبى حنيفة يجوز بيعه بما لا يتغابن الناس فيه ؟ فدل ذلك أن تصرفه من جهة الأمر ، ليس هو على وجه الاحتياط كما يكون التصرف على الميت . فإذا كان كذلك جاز إقراره عند القاضى كما يجوز خصومته عندهم إذ الخصومة قد تضمنت الإقرار والإنكار ، وفارق الوارث والوصى جميعاً . أما الوارث فلأن الوكيل قائم مقام الموكل ، وتصرفه غير مقصور على جهة الاحتياط ، والوارث لم يقم مقام الميت فى التصرف فلا يجوز تصرفه عليه لأن الميت لم يقمه مقام نفسه . وأما الفرق بينه وبين الوصى فإن الوصى وإن قام مقام الميت فإن تصرفه مقصور على الاحتياط ، فلا يجوز فيما يضر بالميت ، فلذلك لم يجوز إقراره عليه . وأما الوكيل فإنه يتصرف من جهة الأمر^١ والأمر لا يوجب الاقتصاد على التصرف فيما لا يضر به الموكل وإنما الاعتبار بلفظ الأمر^٢ . فاذا انتظم الأمر ما فعل الوكيل جاز على الموكل . وقد بينا أن الإقرار قد دخل تحت الوكالة ؛ فلذلك جاز إقراره عليه . والمعنى الذى قالوا فى الوارث أن إقرار الكفيل بالدين لا يجوز على المكفول عنه لأن الكفيل إنما صار خصماً فى قبول البينة عليه بإثبات الدين على المكفول عنه ، لأن ذلك الدين يستحق من ماله ، فيقبل ببينة عليه . ولا يجوز إقراره لأن تصرفه غير جائز على المكفول عنه ، لأن المكفول عنه لم [يقمه]^٣ مقام نفسه

(٣) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ل .

(٤) لى الأصل : يعم .

إلا في الأداء^(٥)، فلذلك لم يحز إقراره عليه . وكذا الوارث إنما صار خصماً في قبول البينة عليه بما يدعى [على] الميت ، لأن المال مستحق مما في يده من التركة ، فلا يجوز إقراره لأنه لا // [ف ١٤٥ ب] يجوز تصرفه على الميت ، إذ الميت لم يقم مقام نفسه في التصرف ، فلا يجوز تصرفه في حال موته كما لم يحز في حال حياته . فإذا كانت كذلك قلنا في مثلثنا : // [ل ١٦٨ ب] إن إقرار الوارث يجوز على نفسه دون الميت ، فيستوفي مما في يده ما أقر به حتى يستغرق جميع ما في يده بذلك الدين ، لأنه قد اعترف أنه لا حق له في التركة بالميراث إلا بعد قضاء الدين ، فيبدأ به على الميراث . ولو كان الشيء المدعى به مما كان في يدي الميت فأقر له الوارث بذلك كان حقه من ذلك المقر له ، والورثة الباقيون^(٦) على حقهم . وهذا مثل أن يكون عبداً أو غير ذلك من الأعيان ، [فأقر^(٧)] الوارث بأنه لهذا الرجل ، وهو بينهم ، فأقرار الوارث جائز في حصته ، فلا يجوز على سائر الورثة ، لأن إقرار الإنسان جائز في حصته ولا يجوز على سائر الورثة ، لأن إقرار الإنسان جائز على نفسه ولا يجوز على غيره .

629 قال^(٨) : { وإذا ادعى قوم على الميت ديوناً فأرادوا أن يثبتوا ذلك ، فليس لهم أن يثبتوا ذلك إلا بحضور من وارث أو وصي . وليس لهم أن يثبتوا ذلك على غريم الميت ، عليه دين أو له على الميت دين ، ولا موصى له . وذلك أن المدعى يدعى استحقاق الدين على الميت فلا يخاف منه إلا آمن له الخصومة عن الميت ، والوارث والوصي يخافان من الميت . ألا ترى أن لكل واحد منهما أن يرد المبيع بالعيب على بائع الميت ، والموصى له والغريم ليس له أن يرد

(٦) في الأصل : الباقيين .

(٥) ل : الأول .

(٧) في الأصل : أقر .

629 (١) - القطب : ف .

المبيع على بائعه بالعيب لأنهما لا يخاضعان عن الميت وإنما يخاضعان عن أنفسهما؛
فذلك لا تقبل بينة المدهي لإثبات الدين على غير الوارث والوصى . وليس
هذا كالمدهي لإثبات النسب من الميت بأنه ابنه أو وارثه . إن كل هؤلاء
يكونون خصماً في إثبات النسب ، وتقبل بينته على كل واحد منهما .

630 قال : { فإن لم يكن الميت أوصى إلى أحد وكان ورثته صفاراً ليس
فيهم من يقوم بحجة ، فيبغى للقاضي أن يجعل لهم وصياً يقوم بأمرهم ويُدلى
بحجة إن كانت لهم فيها يدعى على الميت ، فيثبت الخرماء بمحض من هذا الرجل
الذى جعله للقاضي وصياً } ، من قبل أن للقاضي أن ينصب عنه وصياً ، لأن
تصرفه جائز عليه ، وتصرفه أجوز من تصرف الوصى . وكما كان للوصى ^(١) أن
يوصى إلى غيره [وأن] ^(٢) يوكل غيره ، فالقاضي أخرى .

قال : { فإذا ثبتت حقوقهم وسألوا القاضي أن يأمره بدفع ذلك إليهم من
مال الميت ، فيبغى للقاضي // [ل ١٦٩] أن يستحلف كل واحد منهم قبل أن
يدفع إليه ذلك : بالله عز وجل ، ما قبض من هذا المال الذى ثبت له ولا شيئاً
منه من فلان ، ولا من أحد أداه إليه عنه ، ولا قبض له قابض // [ف ١٤٦] ^(٣)
بأمره ، ولا أبرأ الميت منه ولا من شيء ، ولا حط عنه من ذلك شيئاً ولا
احتال ^(٤) به ولا بشيء منه ^(٥) على أحد ، ولا أحال بذلك ولا بشيء منه ^(٦) على
فلان الميت ، ولا ارتهن بذلك ولا بشيء منه رهناً من فلان الميت .

631 قال : { وكذلك إن مات رجل ولم يوص إلى أحد ولم يخلف وارثاً ،
وادعى قدم عليه مالا وحقوقاً ، فإن القاضي يجعل له وصياً ثم يدهوم بيناتهم
على ما يدعون بمحض من الوصى الذى جعله للقاضي } ، من قبل أن للقاضي أن

(١) في الأصل : أن

630 (١) ل : للوصى .

(٤) سابق من ف .

(٣) ف : أحال .

ينصب وصياً من الميت يخاصم عنه إذا لم يكن هناك خصم ، لأن له أن يتصرف على الميت . فكذا كان للميت أن ينصب عن نفسه خصماً في حال حياته ، كذلك للقاضي أن ينصب عنه خصماً .

632 قال : { فإن كان للميت ورثة في بلد آخر ، وماله وتركه حيث توفي ، وادعى قوم عليه حقوقاً وأموالاً ، فإن كان البلد الذي فيه ورثة الميت هذا منقطعاً عن هذا البلد^(١) جعل له القاضي وصياً { ، لأن الذي يكون في البلد المنقطع كاليتيم . ألا ترى أنهم قالوا في التزويج إن الولي الآخر أن يزوج الصغيرة ، وجعلوا ذلك بمنزلة الميت . كذلك ها هنا [من^(٢)] يكون غالباً غيبة منقطعة لا يجوز للقاضي أن ينتظره ويطل حق هؤلاء ، فينصب للميت وصياً يخاصم عنه .

633 قال : { وإن لم يكن منقطعاً وأرادوا أن يثبتوا حقوقهم عند هذا القاضي ليحكم لهم بذلك لم يقبل ذلك منهم على هذا { ، لأنه لا يجوز أن يحكم على الثابت . { ولكن إن سألوه أن يسمع من شهودهم ويكتب ما يصح عنده من أمرهم إلى القاضي الذي في البلد الذي فيه ورثة الميت ، فيسمع من شهودهم ثم يكتب لهم بما يصح عنده من أمرهم إلى ذلك القاضي . فإذا أرادوا الكتاب على القاضي جمع بينهم وبين بعض الورثة وفض^(٣) // [١٦٩ ب] الكتاب وعمل بما فيه ، ودعا الورثة بحجة إن كانت لهم حجة ، وإن لم^(٤) يكن لهم حجة^(٥) حكم للقوم بحقوقهم . فإن كانت ديوناً^(٦) من مال الميت استحلقتهم على ما وصفنا ثم أمر بالدفع إليهم وإن لم يكن هناك مال ، وكان في ذلك البلد^(٧) ، حكم لهم بحقوقهم وكتب إلى هذا القاضي يعلمه : وصل إليه في كذا وكذا وعليه له^(٨) ،

632 (١) مزيد في الأصل هنا : القى . (٢) في الأصل : ما .

633 (١) ف : يأثروا بحجة . (٢) ف : مال .

(٣) أي كان المال في البلد الأول . (٤) كذا في الأصل .

وأنه جمع بينهم وبين فلان بن فلان وارث فلان بن فلان ، وأقر عليه كتابه ، فأمره أن يأتي بحجة إن كانت له في ذلك ، فلم يأت بحجة تدفع ^(٥) ما ثبت لهؤلاء القوم ، وأنه قد حكم لهؤلاء القوم المسلمين في هذا الكتاب بما ثبت لهم ، ويعين ما حكم به لكل واحد منهم من ذلك ، ويعلمه في كتابه أنه لم يكن في حضرته من تركه الميث ما يقضيه من حقوقهم ، وأنه لم يستحلف منهم على شيء مما حكم له به . فاذا ورد الكتاب على هذا القاضي استحلفهم على ما فرنا ^[ف٥٥] ب [ثم أمر بالدفع إليهم] .

أما كتاب القاضي فقد يتجاوز فيه تقدّم . وأما استحلفهم على ما يستحقون من مال الميث إذا كان عند المكتوب إليه مال ، فلما يتنا أيضاً أن القاضي ينبغي أن يحاط في مال الميث ، فلا يدفع إلى الغرماء شيئاً حتى يستحلفهم : فإنه ما برى الميث من هذا الحق الذي تدعونه عليه ولا شيء منه بوجه من الوجوه ، ولا ارتبتم به رهنأ ولا بشيء منه على وجه فإذا حلفوا على ذلك دفع إليه المال بالدين . وإن لم يكن المال عندهم فلا يحلفهم ، ويبين في الكتاب إلى القاضي الذي كتب إليه أول مرة أنه لم يستحلفهم ويبين القصة فيه على ما يتنا ليقف القاضي على ما جرى من الحكم أو يستحلفهم على ما يدفع إليهم من الدين لأن الاستحلاف يجب عند استحقاق ^(٦) المال ، فلا يحلفهم إلا القاضي الذي يقضى دين الميث ، ألا ترى أنه لو لم يكن هناك مال للميث لم يستحلفهم على شيء من ذلك . وحكم سائر أموال الميث من العقار وغيره حكم المال الصامت ^(٧) في هذا الباب ، لأنه يستحق جميع ذلك بدين الغرماء ، فسيئله سبيل واحد .

(٥) ل : دفع :

(٦) ل : استحلف :

(٧) المال الصامت هو الذهب والفضة .

{ ولو أن رجلا توفى فجاء قوم إلى القاضى فقالوا : إن فلانا توفى ولنا عليه أموال ، وقد ترك مالا ، وقد شد^(١) ورثته على وراثته // [١٧٠ أ] فهم يتمرقونه ويفرقونه ويتلفونه ، وسألوا القاضى أن يأمر بالاحتياط به حتى يثبتون عنده حقوقهم ، فإنه لا يجب على القاضى أن يعترض^(٢) للورثة فيما في أيديهم قبل أن يصح لأحد من هؤلاء على الميت شيء } ، لأنه لم يثبت لهم حق على الميت ، فليس له أن يمنع الوارث من التصرف من غير حق ثبت على الميت ، ولا معنى يوجب استحقاق التركة .

قال : { فإن استحسن القاضى أن يأمر بالاحتياط بذلك أيا ما يسيرة حتى ينظر فيما ادعى هؤلاء القوم ، فإن ثبتوا حقوقهم ، وإلا أطلق للورثة ما في أيديهم ، فلا بأس بذلك إذا كانت الورثة غير مأمنين على تركه الميت } ، لأن للقاضى أن يحتاط في مال الميت ، فإذا لم يأمن الورثة فله أن يأمر بالاحتياط^(٣) لأنه يكون فيه حفظ مال الميت . وكذلك لو ادعى المدعى وصية من الميت .

635 قال : { ولو ادعى ديناً على ميت وقدم وارثاً من ورثته إلى القاضى فأقر له بحقه فأراد الطالب أن يقيم البيئة عند القاضى على حقه ليكون حقه في جميع مال الميت ، ويلزم ذلك جميع الورثة فإن القاضى يقبل منه ويسمع من شهوده ويحكم له في جميع مال الميت بدينته } ، من قبل أن الغريم وإن كان يقدر أن يستوفى حقه مما في يدي الوارث المقر بدينته ، فإن له حقاً في إقامة البيئة بالدين على الميت ، لأن الدين إذا^(١) // [ف ١٤٧ أ] ثبت بالبيئة على

(٢) ف : يعرض .

634 (١) في الأصل : هدوا .

(٣) ف : بالاحتياط .

635 (١) ساقط من ل .

الميت لا يطل لو ظهر دين آخر على الميت . وما ثبت بإقرار الوارث ، لو ظهر دين آخر باليئنة على الميت بطل ويكون الدين الذى ظهر أولى . فإذا كان كذلك فلا نعيم الطالب في هذا حق ، فيقبل بيته عليه وكذلك لو كان مكان الدين وصية بمال لهذا ، فأقربه وارث واحد ، فهو مثل هذا . وكذلك لو أقرّوا جميعاً فله أن يقيم اليئنة على إثبات الوصية من جهة الميت ^{٢٦} لئلا يطل عند ظهور وصية أخرى باليئنة . وقد قال : { ولو كان وارث الميت ^{٢٧} الحاضر صغيراً وله ورثة آخرون كبار غيب ، فإن القاضى ينصب له وكيلًا يخاضع عنه على الدين على الميت } ، لأنه لا يجوز أن يحكم على الميت بغير خصم . والصغير ليس بخصم ، وكذلك الغيب ولا يجوز أيضاً إبطال حق الطالب كما [ل ١٧٠ ب] قلنا في المسئلة المتقدمة . ويدل على أن يكون هذا إذا كانت التينة منقطعة . فأما إذا لم يكن منقطعاً فينبى أن يكتب بذلك كتاباً على ما بينا فيما تقدم ، لأن كون الصغير وعدمه بمنزلة في هذا الباب إذ ليس له ولاية في الخصومة عن الميت .

836 قال : { ولو أن رجلاً مات وله ابنان كبيران ، أحدهما غائب والآخر حاضر ، فادعى الحاضر أن له على أبيه ألف درهم ، وأحضر رجلاً ذكر أن لأبيه عليه ألف درهم ، فقال للقاضى : اسمع من شهودى على أن لأبى على هذا ألف درهم واسمع من شهودى الآخرين أن لى على أبى ألف درهم ، فإن القاضى يسمع من الشهود الذين يشهدون للأب ويحكم للأب على الأجنبى بألف درهم ، ولا يسمع من شهود الابن بالدين إلا بحضور من وارث معه أو وصى } . أما إثبات دين الميت على غريمه فلأن الوارث الحاضر خصم فيقبل بيته على المطلوب بالدين إذ اليئنة مقبولة على خصم . وأما إثبات دين الحاضر على الميت فلا يجوز أن يقبل اليئنة عليه لأنه ليس هناك خصم بخاضع عن الميت مع

الحاضر ، والحاضر لا يجوز أن يكون خصما لنفسه عن الميث ، فلم يسمع بينته حتى يحضر بن يخاضع عن الميث مع الحاضر إما وصى أو وارث غيره . وإقرار الوصى غير جائز بدين على الميث ولا بغيره ، إلا أن يكون الوصى هو الوارث فيجوز إقراره على نفسه فيما في يده دون سائر الورثة ، لأنه لا يجوز إقرار أحد على الميث ، إذ لم يجوز لأحد أن يتصرف على الميث فيما يضر به . وأما إذا كان وارثا فالإقرار يلزمه في نفسه دون الميث . ألا ترى أنه لو ظهر على الميث دين كان للغرماء أن يستحقوا الدين من جميع التركة فيبطل دين المقر له حتى يستوفى الذى // [ف ١٤٧ ب] ظهر دينه على الميث حقه ؟

مسئلة

837

{ولو أن رجلا مات وعليه دين وترك ألف درهم وترك ابنا ، وقال الابن : هذه الألف وديعة كانت عند أبى لفلان بن فلان ، وجاء فلان بن فلان يدعى ذلك ، فصدقه غرماء الميث في ذلك ، أو كذبوه وقالوا : الألف للميث ، أو قالوا : لا ندري لمن هى ، أو قال الابن : لا أدري لمن هى ، فأراد المدعى الوديعة // [ل ١٧١ أ] استخلاف الابن عليها ، أو قال الابن : الألف لأبى ، فإن القاضى يقضى الغرماء الألف عن الميث ، ولا يجعلها للمدعى الوديعة ، وتصديق الغرماء للمدعى أنها له وتكذيبهم في ذلك سواء . إلا أن الغرماء إذا قالوا : نحن نعلم أنها لهذا المدعى قضاء^(١) القاضى إياهم ثم يرجع المودع فيأخذها منهم بإقرارهم أنها له { . وذلك لأن إقرار الوارث والتبريم غير جائز على الميث فلا يثبت بذلك دين الميث ، فصار وجوده وعدمه سواء . فيلغى أن^(٢) يتخذ منه^(٣) . فإن كان المقر بذلك الدين الغرماء الذين قبضوا

637 (١) أى المبلغ .

(٢) كذا في ف ، ج . وقل : يقدمه . والمعنى غير واضح .

المال سلوه إلى المقرّر له به ، وإن كان وارثاً ولم يبق في يده شيء^{٢١} فلا شيء^{٢٢} للمقرّر له عليه ، لأن الوارث إنما أقر على الميت ولم يقرّ على نفسه . وأيضاً فإنّ الغريم إذا أقر بدين على الميت لم يسقط دينه على الميت لذلك ، لأن الإقرار لم يلزمه هو وإنما لزم الميت . وإقرار الإنسان على الميت غير جائز ، والوارث إذا كان هناك دين لم يملك التركة ، فالإقرار لم يقع على شيء في يده حتى يُقبَل . وإذا وقع على الميت فلا يُقبل إقرار الإنسان على الميت ولا يمين على الابن في شيء من هذا . إلا أنه لو أقر بالدين لم يثبت ، فلا معنى لليمين عليه .

مسئلة

638

{ ولو أن رجلاً ادعى على ميت مالا وأحضر رجلاً ذكر المدعى أنه ابن الميت ووارثه ، لا وارث له غيره ، وذكر أن في يده مالا ورثه من أبيه ، وأن له على أبيه ألف درهم ، فقال المدعى على أبيه المال : أنا فلان بن فلان الفلاني ، وقد مات أبي ولا وارث له غيري ، وفي يدي مال ورثته عنه ، ولم أعلم لهذا الرجل على أبي شيئاً ، فأراد المدعى استحلافه على ذلك ، حلفه له القاضى على علمه . فإن حلف ، فأقام المدعى البيّنة أن له على فلان بن فلان الفلاني ألف درهم ، وأن فلان مات وأنهم يعرفون هذا الذي حضر مع المدعى وزعم أنه فلان بن فلان ، فإن القاضى يحكم على هذا الذي في يده ويأمر بدفع المال إلى الطالب بهذه البيّنة التي شهدت على الميت بالدين . ولا يكون ذلك قضاء على الميت ولا على ورثته } . أما استحلاف هذا الذي يدعى أنه ابن الميت إذا لم [ل ١٧١ ب] يكن للطالب بيّنة على الدين فلان الطالب // [ف ١٤٨ أ] " يدعى استحقاق " ما في يدي الابن بدينه على الميت ، فيحلف

(٢) ساقط من ل .

على ذلك ، لأنه لو نكل عن البين لزمه تسليمه إليه ، وإن لم يكن قضاء على الميت كما يلزمه تسليمه بإقراره بدين الطالب على الميت . وليس هذا الإقرار والتكول يقع على الميت لأن إقراره غير جائز الميت ، ولكن يلزمه في نفسه فيجب عليه تسليم ما في يده إلى الطالب . وأما إذا أقام البينة على الوجه الذي بينا فإن القاضى يحكم بتسليم ما في يدى الإبن إليه بدينه ، لأن الذى فى يديه قد اعترف بأنه خصم فيما فى يده ، وأن الطالب متى أقام البينة بالدين على الميت استحق ما فى يده ، فتقبل بينة الطالب عليه ، ولا تُقبل فى القضاء على الميت ، لأن نسب هذا من الميت لم يثبت بينة ^(١) فلا تكون خصومة على الميت ^(٢) ، وإذا لم يثبت أنه خصم لم يثبت الدين على الميت بخصومة خصم غير ثابت الخصومة ، فلا يكون ذلك قضاء على الميت ، بالدين ولا باستحقاق التركة ، ولكن يستحق من يدى الذى المال فى يده لأنه معترف بأن الطالب أولى حيث أقر أنه ابن الميت وأن المال ورثه عن الميت .

639 قال : { ويدعى للقاضى أن يستحلف الطالب : بالله عذر وجل ، ما قبضت هذا المال من فلان الميت ولا من أحد أداه إليك عنه ، ولا قبضه لك قابض بأمرك ، ولا أبرأت فلاناً منه ولا من شيء منه ^(١) [أحلت] ^(٢) بذلك ولا بشيء منه على أحد ، ولا عندك به ولا بشيء منه ^(٣) رهن . فإذا حلف بذلك أمر بالدفع إليه ، فإن شاء ، اقتصر ^(٤) خلفه : بالله ما يرى الميت من هذا الحق الذى تدعيه قلبه ولا من شيء منه ، ولا عندك بشيء منه رهن . } وذلك لما بينا أن للقاضى أن يختلط فى مال الميت ، لأنه لا يأمَن أن يكون الطالب قد استوفى حقه ، وليس ما هنا من يدعى على الطالب قضاء دينه .

(٢) ل . فلطالب عليه ولا تقبل فى القضاء يكون خصومه غير الميت .

(٢) ساقط من ل .

639 ف ، ج : أحلت .

(٣) ف : انحصر .

وهى لو كان الميت حياً كان ادعى ذلك فيحاط له القاضى بما يكون أحوط
لما له . وكذلك لو قالت الورثة : لا يزيد بين الطالب لم يلتفت القاضى إلى
قولهم ، ويحلفهم على ما ادعوا من الدين ، ثم يسله إليهم // [ل ١٧٢ أ] .

باب الرد بالعيب

640

الأصل فى هذا الباب أن الخصومة فى الرد مرتبة على الخصومة فى إثبات
العيب ، فما لم يثبت العيب لم يكن للشترى أن يخافم البائع فى الرد ، لأن المعنى
الموجب للرد هو العيب ، فإذا لم يثبت لم يجب الرد مع عدم المعنى الموجب له .
وكا أن المعنى الموجب لاستحقاق الميراث إذا كان هو النسب لم يجوز استحقاق
الميراث مع عدم ثبوت السب . وكا أن المعنى الموجب لاستحقاق الدار بالشفعة
إذا كان هو الجوار أو الشركة لم يجوز استحقاق الدار مع عدم // [ف ٤٨ ب]
الموجب بها . كذلك ما ذكرنا مثله . فإذا جئنا إلى مسائل الباب فقلنا :

641 { إن الرجل إذا قدم رجلاً إلى القاضى " وقد كان اشترى منه عبداً
أو أمة أو غير ذلك ، وأحضره إلى القاضى فقال : اشتريت هذا من هذا الرجل
وقد ظهر فيه عيب كذا ، فإن كان ذلك العيب ظاهراً يراه القاضى " ويعرفه ") ،
ثم سأل البائع عن البيع ، فإن أقر أنه باعه هذا الشيء . وبه هذا العيب ولم يدع
البراءة منه ، ولا أنه رضى به ، رد القاضى عليه { . وذلك أن العيب قد ثبت
" ما هنا ، لأنه بنى المسئلة على أن العيب كان ظاهراً ، فإذا ثبت العيب حيث
ثبتت " الخصومة فى الرد . فلما ادعى المشتري عليه حق الرد لا بد للقاضى
من أن يسأل البائع : هل بعته وهذا العيب به ؟ هذا إذا كان العيب لا يحدث
مثله . فأما إذا كان يحدث مثله فالحكم غير هذا . وذلك أن العيب إذا كان مما

• (٢) بمعنى يعرف ما هو •

641 (١) ساقط من ل •

• (٢) ساقط من ل •

يحدث مثله لا يعلم أنه حدث عند البائع أو عند المشتري . فالظاهر لا يشهد لأحدهما دون صاحبه ، ولا يصدق المشتري على البائع في وجوب الرد ، ولكن يُسأل البائع . فإن اعترف أن العيب كان به وقت البيع فقد اعترف أن حق الرد كان ثابتاً للمشتري . فيصدق على نفسه . ويُرد بالعيب إليه إن لم يدع أن المشتري أبرأه من كل عيب ، أو أنه رضى به بعد ما رأى العيب . { فإن ^(١) ادعى ذلك صار البائع ما هنا هو المدعى ، والمشتري مدعى عليه ، فيحلف المشتري — على ما قال النصارى . بالله ما علمت ^(٢) بهذا العيب حين اشتريته ولا أبرأته منه ، ولا رضيت به ^(٣) منذ رأيت العيب ، ولا عرضته على البيع بعد علمك بالعيب // [ل ١٧٢ ب] ورويتك لإياه ، ولا خرج من ملكك ، ولا شيء منه . }

قال الشيخ : قوله : ولا خرج من ملكك ولا شيء منه ، لا معنى له ، لأنه لو خرج من ملكه كله ^(٤) أو بعضه وهو يعلم بالعيب ، ثم عاد إلى ملكه على حكم الملك الأول ، بأن يهبه من إنسان ثم رجع في هبته ، فأخذه أو باعه ، ثم رد عليه بقضاء قاض ، كان له أن يرده على البائع الأول . وإخراجه من ملكه لم يمنع الرد بالعيب على الأول . وإن كان علم بالعيب قبل نفس العرض على البيع يبطل خياره في الرد ، فلا معنى لقوله : ولا خرج من ملكك . إذ الحكم لا يتعلق به في الوجهين جميعاً .

قال الشيخ : ويجوز أن يقتصر على قوله : بالله إنك محق في رد هذا العيب بهذا العيب ، فينطوي على جميع ما ذكر النصارى . ^(٥) فقيل الشيخ : يجوز أن يكون المشتري جاهلاً وهو لا يدري أن عرضه على البيع يبطل خياره في الرد ، ورويته للعيب قبل البيع لا يبطل خياره ، فيحلف على ذلك وهو

(١) ساقط من ل .
(٢) ل : على .
(٣) ساقط من ل .
(٤) ساقط من ل .
(٥) ساقط من ل .

عنده أنه صادق . فإذا كان كذلك لا بد من أن يفسر له كل ما يتعلق //

[ف ١٤٩ أ] بإبطال الرد^(٨) فسكت الشيخ عند ذلك . ويحتمل أن يكون مقصد الخصاص هذا ، لأنه ليس كل^(٩) مشتر يعلم أن العرض على البيع يبطل الرد بالعيب . ويجوز أيضاً أن يكون منهجه أن الرد بالعيب لا يبطل بعرض المبيع على البيع ، وعند القاضي يبطل الرد ، فيحلف على البيان والتفسير حتى يزول الإشكال . وقيل فيما قال الشيخ في اقتضاء اليمين على ما قال : أليست هذه اليمين على الإثبات وحق اليمين أن يكون على النفي ؟ فقال : لا يتمتع أن يستحلف على الإثبات . فإذا حلف رد المبيع على البائع ، ويؤخذ منه الثمن ، لأن المشتري قد برى من دعواه ، والبائع قد أقر له بحق الرد ولم يثبت دعواه بالبراءة منه ، فيرد عليه ويأخذ الثمن . فإن نكل عن اليمين لازم المشتري المبيع ولا يرجع على البائع بشئ . لأنه صار كأنه أقر ببراءة البائع من العيب .

642 قال : { وإن كان العيب ليس بظاهر ، أو كان ظاهراً إلا أن القاضي لا يعرفه فإنه لا يلزم للحاكم أن يستحلف البائع على العيب حتى يعلم الحاكم أن هذا العيب بهذا العبد في الحال التي يختصمان فيها إليه } . فإذا علم سأل البائع عنه .

قال : { ويلزم أن يقول للمشتري : // [ل ١٧٣ أ] أوضح عندي أن هذا العيب بالعبد في هذه الحال . فإن قال المشتري : سأل البائع عنه فإنه يعلم أن هذا العيب بالعبد في هذه الحال ، فإن القاضي يسأل البائع عن ذلك فيقول : هل هذا العيب الذي ذكر المشتري بهذا العبد في هذه الحال ؟ فإن قال : نعم هو به الساعة ، سأل : هل بعته إياه وهذا العيب به ؟ فإن قال : لا ، إنما هو عيب حدث عند المشتري ، فالقول قوله مع يمينه : لقد بعته هذا العبد وسلمته .

(٩) ساقط من ف ٨ .

(٨) ساقط من ل .

إليه وما هذا العيب به . فإن حلف^(١) قال للمشتري : إن كانت لك بينة أن هذا العيب كان عنده فأحضرها { . وهذا كله في العيب الذي يحدث مثله . وهذا مثله . وهذا بين على ما ذكرنا ، وذلك لأن العيب إذا لم يكن ظاهراً فلم يثبت بعد عند الحاكم فلا يسمع خصومة المشتري في الرد حتى يثبت العيب .
 "فلذلك لم" يحلف البائع : بالله لقد بعته وسلمته إليه وما به هذا العيب ، ولكنه يقول للمشتري : ثبت العيب . فإن كانت له بينة أقامها على ذلك حتى يثبت العيب . وإن لم يكن له بينة وقد أنكر البائع نفس العيب حلف البائع : بالله ما به هذا العيب في هذه الحال . فإن حلف برى ، وإن لم يثبت العيب فلا خصومة بينهما . وإن نكل عن التمين ثبت العيب . فيحلف الخصم المشتري في الرد . والمشتري هو المدعى ما هنا ، لأن المشتري يدعى على البائع أن العيب كان عنده ، وأنه قد وجب له رد المبيع عليه ، والبائع ينكر ذلك كله وقال : ما وجب لك رد المبيع على هذا العيب // [ف ١٤٩ ب] لأنه حدث عندك . فإن أقام المشتري البينة على حدوث العيب عند البائع فقد وجب له رد المبيع عليه^(٢) . وإن لم يكن له بينة حلف البائع : بالله لقد بعته وسلمته إليه وما كان به هذا العيب . فإن حلف برى ، وإن نكل لزمه قبول المبيع ، إلا أن يدعى البراءة أو رضاه المشتري على ما بينا ، فيكون حينئذ هو المدعى والمشتري مدعى عليه ، فيحلف المشتري على دعواه بالله ، على ما بينا . فإن حلف برى ، ووجب^(٣) له الرد // [ل ١٧٣ ب] على البائع وأخذ الثمن . فإن نكل عن التمين لزمه المبيع على ما ادعى البائع .

وإن كان العيب لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة ونحو ذلك ، أو كان

842 (١) ساطع من ل . (٢) ل . فكذلك يحلف .

(٣) آخر جملتين مكررتان في ف هنا .

(٤) ساطع من ف .

عيباً غير ظاهر إلا أنه لا يحدث مثله ، فإنه إذا ثبت لم يحتج إلى استحلاف
البائع أن العيب كان عنده ، لأن هذا المعنى غير متيقن فلا يحتاج إلى
استحلاف ، ويرد إليه إذا ثبت العيب ما لم يدع البراءة والرضا من
جهة المشتري .

وهي هذه الجملة ولها أحكام ثلاثة : أحدها إثبات العيب ، والثاني وجوب
الرد ، والثالث براءة البائع . وحكم الإثبات للعيب مقدّم على الرد ، وحكم الرد
مقدم على البراءة ، لأنه ما لم يثبت العيب لم يجب له الرد ، وما لم يدع الرد
بالعيب لم يحتج البائع أن يدع براءته من العيب . فأما إثبات العيب فعلى
وجهين ، عيب ظاهر وعيب باطن . وكل واحد من الوجهين يحتمل معنيين :
يحتمل أن يكون العيب مما يحدث مثله ، ويحتمل أن يكون مما لا يحدث مثله .
فإن كان العيب ظاهراً ، فإن ظهوره عند القاضي يغني عن إثباته بينة
أو غيرها . فحينئذ يُنظر إن كان مما لا يحدث مثله فقد وجب للمشتري الرد
لأن الظاهر معه ، إلا أن يدعى البائع براءته من العيب . فإن ادعى ذلك حينئذ
يُطالب بالبينة على دعواه إن قدر . وإن عجز عن ذلك يحلف المشتري على
دهواه على ما يتنا . فإن حلف برىء ويرد . وإن نكل لزمه العيب بالعيب .
وإن كان العيب مما يحدث مثله فإن ثبوته لا يوجب الرد حتى يُبين المشتري
بينة أو ينكول البائع عن اليمين أنه كان عند البائع ، ويكون اليمين هاهنا على
البائع مدّعى عليه . فإن نكل البائع عن اليمين في أن العيب كان عنده ، فقد
وجب الرد للمشتري ، وكان له أن يردّه إلا أن يدعى البائع براءته من العيب ،
فحينئذ يصير البائع هو المدعى والمشتري مدّعى عليه . فيقتل اليمين إلى المشتري
في هذه [ف ١٥٠ أ] الحال . فإن حلف برىء وإن نكل لزمه دعوى
البائع . هذا حكم العيب الظاهر . وأما العيب الباطن فعلى المشتري إثباته أولاً

إما بينة أقامها على ذلك أو يحلف البائع على صله : باقته ما يعلم أن به هذا العيب . فإن حلف البائع لم يثبت ، فلا خصومة بين المشتري وبين البائع في الرد // [ل ١٧٤ أ] حتى يثبت العيب . وإن نكل عن اليمين فقد ثبت العيب ، فإذا حيثئذ ينتظر إن كان أهل العلم من الأطباء يعلمون أن ذلك العيب مما لا يحدث مثله ، فيكون الأمر في الرد على ما يتنا في الظاهر مما لا يحدث مثله . وإن كان مما يحدث مثله يكون الأمر أيضاً على ما يتنا في العيب الذي يحدث مثله من العيوب الظاهرة . فهذه أحكام ثلاثة مرتبة بعضها على بعض ، ويكون المشتري في حكم الإثبات والرد هو المدعى ، واليمين على البائع ^(٦) فهما جميعاً لأنه هو المدعى عليه . إلا أن حكم الرد ^(٧) لا يثبت إلا بعد إثبات العيب لما يتنا فيما تقدم . ويمين البائع في إثبات العيب على العلم ، لأنها على فعل الغير . يختلفه ^(٨) : باقته ما يعلم أن به هذا العيب ، أو يمينه في الرد على الثبات ، لأن عليه تسليم المبيع بتأمله وكأله ، فصارت اليمين كأنها واقعة على فعله ، أنه قد سلم المبيع بتأمله على ما أوجبه العقد غير معييب : باقته لقد بعته وسلته إليه وما به هذا العيب . وفي الحكم الثالث ، وهو البراءة من العيب ، يصير المدعى هو البائع لأنه قد ثبت للمشتري حق الرد على البائع ، والبائع مدعى عليه البراءة منه ، فصار كالطالب إذا ثبت على المطلوب الدين وادعى المطلوب قضاؤه ، تنتقل اليمين إلى الطالب وصار هو المدعى عليه . كذلك ما هنا . وهذا الحكم لا يكون إلا بعد ثبوت العيب والخصومة في الرد .

فصل

643

قال : { وإن كان العيب الذي ادعاه المشتري أنه بالعبد إفاقاً أو مرققة

(٧) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ف .

(٨) ساقط من ف .

أو جنونا أو البول في الفراش ، فسأل القاضي البائع عن ^(١) هذا العيب ، فقال :
 ليس هذا العيب به في الحال ، فقال المشتري للقاضي : حلف البائع :
 ما العيب بالعبد الساعة ، فإن أبى يوسف ومحمد قالوا : يستحلف البائع : بالله
 ما يعلم أن هذا العبد 'جن' ^(٢) عند هذا المشتري ولا أبى ولا سرق ولا بال على
 فراش ، فإن حلف على ذلك قيل ^(٣) للمشتري : ثبت أن هذا العيب بالعبد
 في هذه الحال حتى يستحلف القاضي البائع ميمناً أخرى البتة : بالله من وجل
 لقد باعه وقبضه المشتري // [ل ١٧٤ ب] وما 'جن قبل ذلك قط ولا سرق
 ولا بال على فراش ولا أبى منذ ^(٤) بلغ مبلغ الرجال . فإن حلف على ذلك
 فلا شيء عليه حتى يثبت المشتري عليه بينة بذلك . فإن نكل عن ذلك [رده] ^(٥) //

[ف ١٥٠ ب] القاضي عليه .

أما سؤال القاضي البائع هل به هذا العيب الذي ادعاه المشتري فلما بينا
 أن الخصومة في العيب ^(٦) لا تثبت إلا بعد إثبات العيب . فيلزم أن يثبت
 العيب أولاً . فإذا لم يكن للمشتري عليه بينة على إثبات العيب لا بد من أن
 يسأل البائع عن ذلك . فإن أقر أغنى إقراره عن إقامة المشتري البينة على دعواه
 في إثبات العيب . وإن أنكر ذلك حلف على عليه على دعوى المشتري
 في إثبات العيب : باقعه ما يعلم أن هذا العبد 'جن' عند المشتري ولا أبى ولا سرق
 ولا بال على الفراش . ولا يحتاج أن يقال ما هنا : منذ بلغ ، لأن هذه البينة
 إنما هي لإثبات العيب بالعبد في الحال . والعبد يكون ميمناً بهذا كله إذا وجد
 منه عند المشتري صغيراً كان أو كبيراً ، إلا أن يكون طفلاً فلا يعاب على
 بوله في الفراش . فإذا كان كذلك قلنا : يحلف على هذا الوجه حتى يثبت

648 (١) ف : فيه . (٧) نتيجة على ما نقل .

(٢) ف : منه . (٤) في الأصل : ورواه .

(٥) ساقط من ف .

العيب في الحال . فإذا ثبت العيب ينكوله عن اليمين حينئذ تثبت الخصومة في الرد . فيدعى المشتري أن هذا العيب كان به عند البائع ، فيسأل البائع عن ذلك ، فإن أقر به وجب الرد عليه ، وإن أنكر ذلك طوّل المشتري بإقامة البيّنة على دعواه أن العيب كان عند البائع ، لأنّ هذه مما يحدث مثله ، وإن كان جنوناً يقيم البيّنة أنه "جن عنده حسب" . وإن كان غير ذلك من الإباق والسرقة والبول يقيم البيّنة أنه "فعل ذلك بعد البلوغ عند البائع ، فإن أقام البيّنة على ذلك وجب الرد كما قلنا في سائر العيوب . وإن لم يكن له بيّنة حلف البائع على دعوى المشتري في كون العيب عنده ، فيحلف على التبات لأنها تجب لأجل الرد على ما بينا . فإن كان العيب جنوناً يحلف : بالله لقد باعه وسلمه إلى المشتري وما جن قط . ولا يحلف على أنه ما جن منذ بلغ . وفي الإباق والسرقة والبول على الفراه يحلف : بالله لقد باعه وسلمه إليه وما أبق ولا سرق ولا بال على الفراه منذ بلغ مبلغ الرجال . هذا في العبد الكبير إذا باعه البائع // [ل ١٧٥ أ] وهو كبير . وخالف هذه اليمين اليمين الأولى ، أعنى على إثبات العيب ، من قبل أن تلك اليمين على إثبات العيب فقط ، وقد ثبت أن العيب ثبت بالبطل أو السرقة والإباق في الحال . وأما هذه اليمين فهي في وجوب الرد . والعيب الذي يحدث عند المشتري لا يوجب رد المبيع على البائع . ولا يجوز أن يحلف : بالله ما به هذا العيب لأن العيب قد ثبت ، وثبوته لا يوجب الرد ، فتقع اليمين على العيب الذي كان عند البائع ، والعيب الذي كان عند البائع لا يوجب رد المبيع على كل حال ، لأن الصغير إذا // [ف ١٥١ أ] بال في الفراه في حال صغره ، أو سرق في حال صغره ، أو أبق في حال صغره ، ثم كبر ولم يعد إلى ذلك بعد البلوغ ، فقد سقط حكم تلك العيوب فيها بالبلوغ ما لم يعد إليها . والدليل على ذلك أن العبد لم يكن

يستحق^(٧) على تلك العيوب التي كانت توجد منه في حال الصغر ذمّاً ولا عقوبة ،
لأنه كان صغيراً لم يجر عليه القلم^(٨) . ألا ترى أنه لا يجوز أن يُقطع يده
في السرقة ، وإذا بلغ وفعل مثل تلك الأفعال استحق عليها العقوبة ، لأنه يُقطع
في السرقة ويؤدب في الإباق والبول على الفراش ؟ فقد بان^(٩) لك أن تلك
العيوب غير الذي توجد منه في حال البلوغ ، وإن كان على وجه واحد
في الفعل . فإذا كان كذلك ، لا يثبت حكمها بعد البلوغ ، علمنا أنه لا يجب بها
الرد بعد البلوغ إذا باعه البائع وما يوجد منه بعد البلوغ [ما] يكون عيباً
فيجب به الرد . فإذا كان كذلك لا بد من أن تقع عين البائع على العيب الذي
يجب به الرد ، وهو العيب الذي يحدث بعد البلوغ . فيُحلف : بالله لقد باعه
وسله وما سرق ولا بال على الفراش ولا أبق منه منذ بلغ مبلغ الرجال .
وأما الجنون فليس كذلك ، لأنه لا يختلف حكمه قبل البلوغ وبعد البلوغ لأن
ذلك ليس من فعله حتى // [ل ١٧٥ ب] يختلف بالبلوغ . وإنما هو من فعل
البارئ سبحانه وتعالى . لحكمه قبل البلوغ وبعد البلوغ سواء . ألا ترى أنه
لا يقع عليه الذم قبل البلوغ ولا بعده ولا العقوبة عليه ، وأن نفس المجنون
حكمه بعد البلوغ حكمه قبل البلوغ في رفع القلم عنه ، وغير ذلك ؟ فإذا كان
كذلك ، فالعيب الذي يثبت فيه بالجنون في حال الصغر عينه^(١٠) لازم أبداً .
فذلك يحلفه : بالله لقد باعه وسله وما بُن قبل ذلك قط . ولا يحتاج إلى
ذكر البلوغ . فإن حلف برى . ولزم العبد المشتري ، وإن نكل من النكاح
لزمه القبول بالعيب ورد الثمن ، إلا أن يدعى البراءة فيكون الحكم على ما بينا
فيما سلف .

(٨) العلم هو الملاحظة أو التسلية

(٧) ل : لم يستحق

(١٠) ل : عيب

(٩) ساقط من ل .

{ ولو كان العبد صغيراً غاصم المشتري البائع في الرد بذلك العيب ، فإنه يسأل البائع ، فإن أقر بالعيب في الحال ثبتت الخصومة في الرد ، وإن أنكر حلف على ذلك إن لم يكن للمشتري بيته على إثبات العيب . فإن حلف براءه ، وعلى المشتري إثبات العيب . وإن نكل ثبت العيب ، وللمشتري أن يغاصم في الرد . فيسأل البائع : إن العيب هل كان عندك ؟ فإن أقر به رده عليه ، وإن أنكر حلف البائع على دعوى المشتري إن لم يكن له بيته على إثبات العيب عند البائع ، فيحلف : باقته لقد باعه وسألمه إلى المشتري وما نحن ولا سرق ولا أبق ولا بال على الفراش . فإن حلف // [ف ١٥١ ب] براءه ، وإن نكل لزمه القبول بالعيب { ، لأن هذه كلها عيوب وإن كان العبد صغيراً بعد أن لا يكون مرضعاً ولا يكون بوله في الفراش عيباً . فإذا كان كذلك فللمشتري أن يغاصمه في الرد .

845 قال : { فإن لم يرده حتى كبر لم يكن له أن يرده بالإبقاء والسرقة والبول على الفراش الذي كان عند البائع في حال الصغر ، وله أن يرده بالجنون إذا ثبت ذلك عند القاضي } . وهذا بين على ما ذكرنا لأن هذه العيوب قد سقطت بالبلوغ ، وما يحدث بعد ذلك عند المشتري يكون غير الأول التي كانت // [ل ١٧٦ أ] عند البائع إذ كانت هذه بعد البلوغ ، وتلك قبل البلوغ . وقد بينا أن حكم ما قبل البلوغ لا يثبت بعد البلوغ إلا في الجنون خاصة ، فإنه عيب لازم . فذلك لم يكن له أن يرده على البائع إلا في الجنون . وهذا الضرب من المسائل على ثلاثة أوجه : أحدها ^(١) أن يشتري العبد وهو صغير ويجد به هذه العيوب غاصمه البائع ، كان له أن يرده على البائع إذا ثبتت العيوب عند القاضي بيته أو نسكول . وتكون يمين البائع في الرد على وجوب ذلك العيب ،

حكماً^(٢) منه قبل البيع والتسليم بحسب. ولا يختلف حكم الجنون وغيره لأن حال السلام قبل البيع وبعده إلى وقت الرد على حال واحدة وهي حال الصغر، ولا يختلف حكم عبوه. أو^(٣) يشترطه صغيراً وقبضه فلم يردده على البائع حتى كبر ثم وجد شيئاً من هذه العيوب، لم يكن له أن يخاصم البائع في الرد إلا في الجنون خاصة، فإن له أن يردده عليه إذا ثبت عيبه بالجنون وتبين أنه كان عبد البائع، لما ينشأ أن هذه العيوب تسقط بالبلوغ لاختلافها في الحكم والجنون لا يختلف. فلذلك وجب له الرد بالجنون، ولم يجب رده بغير ذلك. أو^(٤) يشترطه كبيراً وقبضه ثم عاصمه في الرد فإن الأمر فيه هل ما ينشأ في المسئلة الأولى، فيلغى له أن يُثبت أولاً أنه معيب بالعيب الذي ادعاه، ثم يخاصمه في رده، فيثبت أن العيب كان عند البائع. فإن كان جنوناً يُثبت أنه «جن» عند البائع مرة لحسب. وإن كان غير ذلك عما ذكرنا فعليه أن يُثبت العيب من الإباق والسرقة والبول على الفراش أنه وجد بعد البلوغ قبل بيع البائع لإياه وتسليمه إلى المشتري. لحيث أنه أن يردده به، وتكون العين في إثبات العيب^(٥) في هذا كله على العلم، وفي الرد على الثبات، وقد بينا الوجه فيهما. وبين البائع في إثبات العيب^(٦) بالبعد الكبير في الإباق والسرقة والبول في الفراش على وجوده منه في الحال، وفي الرد بالعيب على وجوده منه بعد البلوغ قبل بيعه وتسليمه إلى المشتري. وقد [١٧٦ ب] بينا أيضاً هذا فيما تقدم.

مسئلة // [ف ١٥٢ أ]

846

{ وإن كان المشتري جارية فقال المشتري : بآهنيها على أنها بكر وليست

(٢) في الأصل : حكم .

(١) أمي : قالها أن يردده .

(٣) أمي : ثانياً أن يردده .

(٥) ساقط من له .

بكرًا ، وقال البائع : بعت إياها على أنها بكر وسلمتها إليه وهي بكر ، فإن
القاضي يريها النساء ، فإن قلن : هي بكر ، فلا شيء للمشتري على البائع ، وإن
قلن : هي ثيب ، حلف البائع : بأنه لقد بعتها منه وسلمتها إليه [وهي
بكر]^(١) . فإن حلف فلا شيء عليه . وإن نكل عن اليمين ردت عليه . وقد
ذكرت هذه المسئلة في الجامع^(٢) بهذا الجواب . وقال في غير الجامع : إنها
تُردّ بقول النساء من غير يمين { . أما وجه هذه الرواية فإن قول النساء غير
مقبول في فسخ العقد إذا انفردن عن الرجال ، فلا يجوز أن يُفسخ البيع
بقولهن . ويجوز أن يختلف البائع بقولهن ، لأن اليمين قد تجب في الأصول
بنفس الدعوى ، فلا يُنكر أن تجب بقولهن أيضاً . ألا ترى أن البائع يحلف
من تضرر المشتري في سائر العقود ؟ فهنا أيضاً تجب اليمين عليه لوجود
الدعوى في قول النساء . فإن حلف برىء من دعواه وسقط قول النساء ، وإن
نكل عن اليمين لزمه قبول الجارية .

قال للشيخ : وإن أنكر البائع شرط البكارة فالقول قوله من قبل أن
ذهاب البكارة ليس بعيب . ألا ترى أنه لو اشترى جارية ، ولم يشترط شيئاً ،
فوجدها ثيباً ، لم يكن له ودعها بذلك ؟ لأن الثيابة ليست بعيب ، فلا يجوز^(٣)
له الرد به . وإذا كان كذلك صار المشتري مدّعيها لإثبات خياره في الرد
فلا يُصدق كما لا يصدق في خيار الشرط .

647 قال : { وكذلك لو ادعى : إنني اشترطت كونها سندية أو رومية
فأنكر البائع ذلك ، فالقول قول البائع { ، لأن كونها من هذا الجنس دون غيره
ليس بعيب ، والبيع يقع على كل واحد من الجنسين . فظاهر الحال أن العقد
غير موجب لخيار المشتري في الرد . فلا يصدق على ذلك .

646 (١) لا يستقيم للمنى بدون زيادة ما بين القوسين .

(٢) فله ينى الجامع الكبير لعمد بن الحسن .

(٣) ف : يجب .

قال الشيخ : ولو قال المشتري : اشتريت هذه الرمانة على أنها حلوة ، وصدقه البائع بذلك ، فقال المشتري : هي حامضة // [ل ١٧٧ أ] والرمانة غير مكسورة ، وقال البائع : هي حلوة . وامتنع جميعاً عن كسرها لما يلحقهما من الضرر ، فإن القول قول البائع أنها حلوة ، لأن البيع قد يقع على الحلوة والحامضة ، فلا يجب للمشتري الخيار في الرد ما لم يظهر لنا صدقه^(١) ، ويكون القول قول البائع .

قال : { ولا يشبه هذا اختلاف البائعين في الجارية أنها خبازة أو غير خبازة . إن القول قول المشتري أنها غير خبازة إذا صدقه البائع أنه شرط له كونها خبازة^(٢) } ، من قبل أن البائع قد شرط له صفة زائدة وهي الخبز ، فالقول قول المشتري أنه لم تحصل له تلك الصفة . ومسئلة الرمانة تُشكّل هي هذه ، لأن كونها حلوة أيضاً صفة زائدة كما أن الخبز // [ف ١٥٢ ب] صفة زائدة ، والعقد يقع على الخبازة وغير الخبازة ، كما يقع على الرمانة الحلوة [وغير الحلوة] . فإن كان القول قول البائع هناك لأن الظاهر معه ، يكون العقد^(٣) واقفاً من غير وجوب خيار المشتري في الفسخ . فها هنا أيضاً مثله .

فأما الفرق بين الخبز والبكارة إذا أقر البائع في الوجهين جميعاً أنه مشروط في العقد ، أن القول قول المشتري أنها غير خبازة ، ولا يكون القول قوله أنها غير بكر ، من قبل أن البكارة ليست صفة زائدة مشروطة في العقد ، وإنما هي معنى كان في أصل الجارية ، فالقول قول البائع في بقائها عند الخصومة في الرد ، أعني إذا نظر إليها النساء فقلن : هي ثيب ، إن القول قول البائع . وفي مسئلة الخبز ، إن الخبز صفة زائدة غير موجودة في أصل الجارية ، قلنا

647 (١) ل : صدقته .

(٢) ساقط منه ل ؟

(٣) ساقط منه ف ؟

شرط له البائع تلك الصفة فالقول قول المشتري أنه لم يحصل ذلك ، إذ الظاهر عدم الصفات الزائدة حتى يثبت حصولها في الموصوف به . رجعنا إلى مسئلتنا فقلنا — وعلى غير هذه الرواية — فإن الجارية تُردّ من غير يمين البائع إذا قلن مى ثيب لأن قول النساء فيما لا يطّلع عليه الرجال كشهادة الرجال في غيره . ألا ترى أن قولهن مقبول في الولادة والحمل والحيض ؟ فكذلك ها هنا يقبل قولهن ويفسخ به البيع // [ل ١٧٧ ب] .

قبل للمبيخ : فهلا تقول إن قولهن مقبول في كونها ثيب ، إلا أن البيع لا يفسخ بقولهن لأن فسخ العقد لا يصح بقول النساء كما قال أبو حنيفة في الطلاق المملوك بالولادة أن شهادة امرأة واحدة يقبل على الولادة من المرأة ، ولا يقع الطلاق بذلك ولا يثبت النسب أيضاً من الزوج إن كانت هامة^(١) منه ، فما زادنا إلا قوله : لبست هذه مثل تلك . ويلبغى أن يكون قول أبي حنيفة في هذا كله : لا يُرد المبيع على البائع بقول النساء كما قال في مسئلة الطلاق والنسب ، وكما قال في رواية الجامع وهذه الرواية التي رواها الخصاف أن قول النساء يوجب اليمين على البائع على ما بينا . وإن هذا الذي رواه محمد في غير الجامع قوله وقول أبي يوسف ، لأن عندهما يجوز فسخ النكاح بقول النساء إذا كان الطلاق معلقاً بالولادة . وكذلك النسب يثبت عندهما بقول النساء على ما بينا . وأما في كونها بكرأ لم تختلف الروايات أن المشتري يلزم الجارية ، وذلك أن الأصل هو البكارة ، وإنما أراد المشتري ردّها بعيب ادعاه فيها . فإذا شهدت النساء أنه ليس بها هذا العيب لم يثبت له حق الفسخ ، فألزمناه البيع بالعقد المتقدم ، لا بقول النساء ، فلذلك فارق // [ف ١٥٣ أ] هذا الفسخ .

فصل

648

قال : { ولو كان المشتري ادعى أنها حبلى أراها القاضى للنساء ^(١) ، فإن قلن : ليس بها حمل ، فلا سبيل للمشتري على البائع . وإن قلن إنها حامل حلف البائع : بالله عز وجل لقد باعها منه وسلبها إليه وما بها هذا الحمل الذى ذكر { . وهذا على ما بينا فى البكارة ، لأن كل واحد من العيين لا يطلع عليه إلا النساء ، فيكونان سواء فى الحكم على ما بينا فى اختلاف الروايات .

قال الخصاف : { قال بعض أصحابنا : لا أحلف البائع على ذلك لأن هذا لا يعلم ولا يندى من بعض أصحابنا { . ثم قال بعد ذلك : { وقال أصحابنا : الشهادة على هذا عندنا بمنزلة شهادة المتطهين على الداء الباطن ، كوجع الطحال والكبد // [ل ١٧٨ أ] والعمل التى ليست بظاهرة { .

وهذا صحيح على ما قاله لأن هذا لا يطلع عليه غير أهل العلم من المتطهين ، فالمرجع إلى قولهم . والباب الأول لا ينظر إليه غير النساء . فالمرجع إلى قولهم فى إثبات العيب ، لأن الفسخ حكمه على ما بينا .

649 قال : { ولو كان العبد ميتاً وغاصم المشتري البائع فى عيب ادعى أنه كان به ، فأراد الرجوع به على البائع فعلى ^(١) المشتري أن يوضح للقاضى أن هذا العيب كان بالعبد وهو عنده ، ثم يستحلفه عليه إن ثبت عند القاضى أنه أبى عند المشتري أو كان عيباً فى جسده كالشجة أو غيرها { . وهذا بين على ما قدمنا ، لأن الموت وإن منع رد المبيع بالعيب ، فإنه لا يمنع الرجوع بأرض ^(٢) العيب ، فعلى المشتري إثباته ^(٣) بالعبد أولاً . فإذا أثبت تغاصم

648 (١) ل : لنا .

(٢) ساقط من ف .

649 (١) ل : تعالى .

(٣) ف : لإثبات .

نعم [بكونه] (٤) عند البائع قبل تسليمه إليه . فإذا ثبت ذلك رجع عليه بحق العيب .

650 قال : { وكل عيب ادعى المشتري أنه بالجارية للمشترة ، وهو في موضع لا ينظر إليه إلا النساء ، كالتساقط والعقل (١) أو غير ذلك مما هو في البدن ، فتشهد النساء على ذلك ، فإن البائع يحلف : لقد باعها منه وسلمها إليه . ولا تُرد عليه بشهادة النساء إذا كان المشتري قد قبضها — وهذا قول أبي يوسف — وإن كان المشتري لم يقبضها حتى يحلف البائع على ذلك . وقال : وما سواه ، ولا أردّها بشهادة النساء كان المشتري قبضها أو لم يقبضها حتى يحلف البائع على ذلك } . وهذا الخلاف لا نعرفه إلا من جهة الخصاف . والذي ذكر محمد في غير هذا الموضع أن قول أبي يوسف مثل قول محمد .

قال شيخنا ، أيده الله تعالى ، والمشهور على ما يتنا من اختلاف الروايتين ، أحدهما أن الجارية لا تُرد بقول النساء ويحلف البائع ثم ترد عليه إن نكل عن العيب . وهي الرواية الأخرى ترد بقول النساء . وجههما ما يتنا فيما سلف (٢) . وأما الذي قال الخصاف من الفرق قبل القبض وبعده على قول أبي يوسف فإنه محتمل أن // [ل ١٧٨ ب] يكون ذهب إلى أن العيب قبل القبض لا يحتاج // [ف ١٥٣ ب] إلى حكم الحاكم بالفسخ ، وينفسخ برد المشتري ، شاء البائع أو أبي . فكذلك إذا ثبت العيب بقول النساء قبل القبض فلم يشتري أن يردّها ، وبعد القبض لا يردّها حتى يحلف البائع ، لأن هذا الفسخ يحتاج إلى حكم الحاكم حتى يقع الفسخ ، وإلا ما يقع بهنير رضاه

(٤) آى الأصل : وكونه .

650 (١) أى اسقطك المركبتين . (٢) ل : حلف .

البائع . وحكم الحاكم بالفسخ لا يجوز بقول النساء ، فينبغي أن يحلف على دعوى المشتري . فإن نكل حيثئذ ردت إليه . وأما عهد فإنه سوى من قبل القبض ومن بعده ، لأنه في الوجين جميعاً لا ترد الجارية إلا بعد إثبات العيب . وقول النساء لا يقبل فيما يتعلق به وجوب الفسخ على هذه الرواية . وعلى الرواية الأخرى يقبل قولهم^(١) قبل القبض وبعده ، وترد الجارية بقولهم كما قلنا إن قولهم مقبول في الولادة والحمل . والمعنى الجامع بينهما أن كل واحد من المعنيين لا يجوز أن يطلع عليه غير النساء .

651 قال : { وقال محمد : فإن ادعى بعينها ربح السبل^(٢) أن يتوخى العدول من الأطباء ثم يحالف البائع على ذلك إن كان المشتري قد قبض . فإن كان لم يقبض ردها على البائع } . وجعل محمد قول الأطباء في هذا كقول النساء فيما ذكرنا على قول أبي يوسف ووجهه ، والله أعلم ، أن الأطباء هنا ليس يشهدون على شيء معين وإنما يشهدون على غلبة الظن ، فلا يجوز أن تجري مجرى الشهادة ، فصار كشهادة النساء فيما لا يجوز للرجال أن يطلعوا عليه على قول أبي يوسف .

باب الشفعة

652

ذكر الخصائص أحاديث في أول هذا الباب ، منها ما ذكر محمد في كتاب الشفعة ، ومنها ما هو من جهة نفسه ، تركت ذكرها خوف الإطالة إذ المقصد في هذا قصد المسائل .

قال الخصائص : { الشفعة في قول أصحابنا أنها تجب بمقد البيع ثم بالطلب

(٣) في الأصل : قولهم .

651 (١) هـ . يصيب البهائم ، قيل هو غشوة . أنظر فاج العروس .

حين يعلم الشفيع . فإن سكّ عن ذلك أو فرط // [ل ١٧٩ أ] حين علم ، أو أخذ في عمل يتشغل به ، فهذا إبطال الشفعة .

أما قوله : الشفعة تجب بمقد البيع ، خطأ لأن الشفعة إن وجبت بمقد البيع فلا تجب بالطلب ، وإن لم تجب بمقد البيع يجوز أن تثبت بالطلب . فقوله : وجبت بالمقد ثم بالطلب ، خطأ . والصواب أن يقال إن المقد يوجب حق الطلب بالشفعة . فإن طلبها حين بلغ الخبر إليه ثبت له حق الأخذ بالشفعة . فإذا أخذها برضاء المشتري أو حكم بها الحاكم له ثبت له الحكم . فهذه أحوال ثلاثة يجب للشفيع في كل واحد منها حق . فالأولى حال العقد ، وثبت له به حق الطلب ، والثانية حال الطلب ، ويثبت له فيه حق الاستحقاق للدار بالشفعة ، والثالثة حال الأخذ بالتراضي أو القضاء بها ، ويثبت له فيها حق الملك . فأما العقد فإنما قلنا إنه يتعلق به حق طلب الشفعة ولم تجب به الشفعة ما لم تطلب لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إنما الشفعة لمن واثبها » (١) . وقال عليه السلام : « الشفعة ككشط العقال » (٢) ، يعني إذا تُركت بطلت . وقال بشر بن عبد الله النخعي : إن الشفعة لا تبطل وإن لم يطلب في حال ما سمع . وعند بعض الناس : له أن يطلبها ما بين بلوغ الخبر إليه وبين ثلاثة أيام . وعندنا // [ف ١٥٤ أ] الطلب في حال ما يبلغ الخبر إليه ، فإن طلبها في ذلك المجلس وجب له حق الاستحقاق ، وإن أعرض عنها بطلت . والحجة في ذلك ما ذكرنا . وقد بينا الكلام فيها في غير هذا الموضع . وأما إذا طلب ثبت له حق الاستحقاق ولم يثبت له الملك من قبل أن الملك حاصل للمشتري ، والشفيع لا يقدر على زوال ملكه إلى نفسه بقوله ما لم ينضم إليه ملك آخر وهو رضاء المشتري أو قضاء القاضي به ، كما لا يقدر على زوال ملك الأجنبي

652 (١) هذا الحديث لم يرد في ولسنك .

(٢) في ابن ماجه ، شفعة ، ٦٠٤ : « الشفعة كمثل العقال » .

إلى نفسه بقوله ، إلا بانضمام معنى آخر . فإذا انضم إلى الطلب القضاء (٣) ، أو تسليم المشتري إليه ، مملكتك . وهذا الموضع لا خلاف فيه بين الناس . //

[ل ١٧٩ ب] واستشهد على أن الدار لا تملك بالطلب ببيع دار أخرى إلى جنب هذه للمبيعة : إن الشفيع لا يستحق شفعة الدار الثانية - يعني أن الدار الأولى لو كانت ملكا لاستحق شفعة الثانية بالجواز . فلما لم يستحق دل على أنه لم يكن ملك الأولى . وإذا كان كذلك لم يجب فيه الشفعة في الثانية لأنه ليس بجار ولا شريك هذه الثانية .

853 قال : { وكذلك لو مات قبل أن يحكم بالشفعة أو قبل أن يسلمها إليه المشتري بطلت شفعتها } .

قال الشيخ : لو جاء الشفيع يطلب الشفعة فقال للمشتري : سلام عليك ، وطلب الشفعة لم تبطل شفעתه . وكذلك لو سمع بذلك فقال : الحمد لله ، أو قال : سبحان الله ، أو قام فصلي الفرض ، أو صلى . - يعني السنة - بعد الظهر ، أو صلى أربع ركعات بعد الظهر لم تبطل شفעתه في هذا كله . قال : أما السلام فهو سنة فلا يجوز تركه لأجل طلب الشفعة . فإذا فعله لم تبطل الشفعة . وكذلك صلاة الفرض وركعتا السنة . وأما أربع ركعات بعد الجمعة فيجوز أن يكون عنده أن السنة أربع ركعات ، فلا يكون فيه إعراض عن طلب الشفعة . وأما قوله : الحمد لله ، فإنه يحتمل أن يكون تحميده واقع على الخبر الذي بلغ إليه من بيع الدار . فلا يكون فيه إعراض عن الطلب . وكذلك قوله : سبحان الله ، يجوز أن يكون تعظيما لله تعالى لأجل ما ورد عليه من السرور بذلك ، فقال : سبحان الله إني كنت أتمنى هذا منذكم (١) ، فلا يكون فيه إعراض عن الطلب .

(٣) ل : القاضي .

قال : { والشفعة لأئورث من قبل أن الشفعة تبطل عندم بالسكوت عن الطلب ، فالموت أكثر . وما يدلك على صحة ما قلنا أن الشفيع لما مات خرجت داره التي وجبت له الشفعة بها من ملكه ، فلما خرجت من ملكه بطلت الشفعة في الدار المفترقة . ألا ترى أنها [ل ١٨٠ أ] لو بيعت دار إلى جنب داره وأشهد على شفيعه فلم يحكم له بها حتى باع داره ، إن شفيعه تبطل ؛ لأنها لمّا خرجت من ملكه بطلت شفيعته في الدار المشتراة . كذلك الميت { أما العلة الأولى فليست بشيء لأن عندم إن الشفعة لا تبطل بالسكوت بعد الطلب . فلو كان المعنى المسقط للشفعة هو ما ذكرناه لوجب إذا طلب الميت في حال حياته ثم مات ، كان للوارث [ف ١٥٤ ب] أن يأخذها بالشفعة . فهذا ليس بشيء على هذا الوجه . وأما العلة الثانية فصحيحة مشهورة عن أصحابنا من قبل أن المعنى الموجب للشفعة ينبغي أن يكون موجوداً من وقت وقوع عقد البيع إلى وقت أخذ الدار بالشفعة ، لأنه به تستحق الشفعة . فإذا زال ذلك المعنى قبل ملك^(١) الدار لم تستحق الشفعة . ولهذا المعنى قالوا في الشفيع : إذا باع الدار التي استحق بها الشفعة قبل القضاء بالشفعة بطلت شفيعته . فإذا كان كذلك ، ففي مسئلتنا شفعة الشفيع قد بطلت بالموت لزوال ملكه ، وشفعة الوارث لا تنجب لعدم المعنى الموجب للشفعة وقت العقد . فصار كالرجل اشترى داراً بعدما وقع العقد على الدار التي إلى جنب هذه المشتراة ، لم يكن له^(٢) أخذ الدار المبيعة قبل شرائه بالشفعة .^(٣) كذلك هذا . وقولهم بأن ملك الوارث حكم ملك الميت ساقط لأن ملكه ميان^(٤) لملك الميت ، وقيامه مقام الميت في بعض المواضع لا يوجب أن يكون ملك ملكه . وقد بينا هذه المسئلة في تعليق مسائل الخلاف في الشفعة ، وفي كتاب الشفعة أيضاً .

654 (١) ل : ذلك .

(٢) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ف .

قال : { وإذا قدّم رجل رجلاً إلى القاضى فقال : إن هذا اشترى داراً وأنا شفيعها ، فيلجئ القاضى أن يسأله قبل أن يسأل المدعى عليه : أين هذه الدار ، وفي أى بلد ؟ ويقول موضعها وحدودها . فإذا فعل ذلك قال : بأى شئ أنت شفيع ؟ فإن قال : بدار لى تلاصقها ، أقبل على المدعى عليه فقال له : ما تقول فى ما ادعى عليك ؟ فإن قال : // [ل ١٨٠ ب] ما لهذا قبل شفعة هذه الدار التى ذكرها ، قال للمدعى : قد أنكر ما ادعيت . فإن قال المدعى : حلفته لى^(١) ، استحلّفته : بالله ما لهذا قبلك شفعة هذه الدار التى وصف وحدّد .^(٢) فإن حلف^(٣) فلا شئ عليه ، إلا أن يقيم المدعى بينة على أمر تجب به الشفعة . { أما سؤال القاضى ابتداء للمدعى عن مكان الدار وصفها وحدودها فلتحصيل الدهوى فى معلوم ، لأن الشئ المدعى يلبى أن يكون معلوماً عند الخصومة . فإذا بين المدعى ذلك للقاضى ، حيثنّ سأل عن الحق الذى به يستحق الشفعة : أنه معنى الخلطة أو الشركة أو الطريق أو الجوار ، لأنه 'يحتمل أن يكون ذلك المعنى عند الشفيع مما يستحق به الشفعة ، وعند القاضى لا يستحق به الشفعة [أو] أن يكون غيره أولى مثل الشريك فى الطريق مع الخليط ، أو الجار مع واحد من هذين . فلذلك يسأله عن المعنى الذى به يستحق الشفعة . فإذا بين ذلك له ، حيثنّ يقبل على المدعى عليه لأن الدهوى قد [حصلت معلومة] ^(٣) . وكذلك المعنى الذى به يستحق المدعى قد حصل معلوماً . فلا بد من أن يسأل المدعى عليه : ما تقول فيما ادعى عليك هذا ؟ فإن قال : ما لهذا قبل شفعة هذه الدار التى ذكر ، فإن هذا يحتمل أن

(٢) ساقط من ل .

655 (١) لى .

(٣) فى الأصل : حصل معلوماً .

يكون لا شفعة له ، لأنه لم يشتر المدعى عليه الدار التي يدعى المضيف أخذها بالشفعة . ويحتمل أن يكون قد أنكر المعنى الذي به يستحق الشفعة . إلا أنه إذا /// [ف ١٥٥ أ] أجمل فقال : ما له شفعة ، فإن القاضى لا^(١) يستفسره ويقول للمدعى : قد أنكر دعواك . فإن قال المدعى : حلفه لى ، استحلفه : ما لهذا قبلك شفعة هذه الدار التي وصف وحدد . لأن المدعى إذا لم يكن له بيعة ، لحقه في يمين المدعى عليه . قال النبي صلى الله عليه وسلم « البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه »^(٢) . فإن حلف برىء من دعواه ، إلا أن يقيم الشفيع البيعة على استحقاق الدار بالشفعة ، فيبتدئ تقبيل يمينه على ذلك . /// [ل ١٨١ أ] فإن كان المدعى عليه قد حلف من قبل ، إن اليمين لا حكم لها عندنا مع البيعة . ألا ترى أن البيعة لو كانت موجودة في الابتداء سقط حكم اليمين . كذلك متى وجدت سقط حكم اليمين . وقد بينا هذا في كتاب الدعوى .

فصل^(١)

656

{ فإن قال المدعى عليه اشتريت هذه الدار التي^(٢) يدعى الرجل ، إلا أن الدار^(٣) التي في يدي الرجل ليست له ، وما له قبل شفعة ، فإن القاضى يكلف المدعى إقامة البيعة على أن الدار التي في يده له { ، لأن الدار وإن كانت له في الظاهر لثبوت يده عليها وجواز تصرفه ، فإن الظاهر عندنا لا يستحق به على الغير . ألا ترى أن رجلا لو^(٤) قذف رجلا فادعى القاذف أن المقتوف^(٥) عبد إذا لا نحكم على القاذف بالحد ما لم يُقيم المقتوف البيعة أنه حر وإن كان الظاهر أنه حر . وكذلك في الشهادة لو قال المشهود عليه : إن الشهود عبيد ،

(١) صحيح البخارى ، رهن ، ٦ .

(٢) ساقط من ف .

(٣) مزيد في الأصل هنا : له .

(٤) ساقط من ل .

656 (١) ل : مسألة .

(٢) ساقط من ف .

إننا لا نحكم بالمال على المشهود عليه حتى تثبت حرية الشهود عند القاضى وإن كان الظاهر أنهم أحرار . وكذلك لو أن رجلاً قطع يد رجل ثم ادعى أن المقطوع يده عبد ، لم يحكم على القاطع بقطع اليد حتى تثبت حرية المقطوع وإن كان المقطوعة يده في الظاهر أنه حر ، لأن الظاهر لا يُستحق به على الغير وإنما تدفع به دعوى الغير . فإذا كان كذلك في مسئلتنا أيضاً على الشفيع البينة [بأن] (٥) الدار [التي] في يده له حتى يستحق الشفعة . { فإن قال : إن المشتري يعلم ذلك لخلفه ، فإن القاضى يحلف المشتري : باقته ما تعلم أن الدار التي في يدي هذا المدعى التي سمى ووصف إلى جنب هذه الدار التي اشتريت له ، فإذا حلف فلا سيل عليه ، إلا أن يقيم المدعى بينة أنها له . وإن لم يحلف حل ذلك قال له الحاكم : قد أقررت بشراء هذه الدار التي اشتريت وتكلمت عن البينة // [ل ١٨١ ب] على هذه الدار التي في يدي المدعى ، فقد ثبت بنكولك أنه جار الدار ، والشفعة واجبة { . وهذا بين لأن النكول ههنا يوجب ثبوت الشيء المدعى على المدعى عليه . فإذا نكل للمشتري (٦) عن البينة (٦) ثبت للشفيع حق الشفعة .

657 قال (٦) : فإن قال للمشتري : قد اشتريت منذ سنة ، وصلىم بشرائى ولم يطلب ، فأسأله عن ذلك ، فإن القاضى يسأله : متى اشتريت هذا هذه الدار ؟ فإن صدقه : أنه اشتراها منذ سنة وقد أشهدت على شفعتي ولم يكن في البلد قاض ، وكان الأمر على ما قاله أنه لم يكن في البلد قاض فانه يبنى للقاضى أن يسأل المشتري : في أى يوم // [ف ١٥٥ ب] اشتريت وأى شهر من السنة ؟ فإذا سمى ذلك قال للشفيع : قد سميت الوقت ، قبل هو على ما قال ؟ فإن قال : نعم : فمتى علمت ؟ فإن قال : في اليوم الذى اشتري وساعة

(٦) ساقط من ف .

(٥) في الأصل : لأن .

اشراتها كنت حاضراً للشراء ، وأشهدت على شفعتي ثم طلبتُ بالشفعة ، فإنه يكلف الشفيع أن يأتي بالبينة أنه أشهد على شفعتي وطلبها . فإذا جاء بهم فشهدوا له على ما ادعى ، سألهم القاضى : أى وقت أشهدكم على هذا ؟ فإن ثبتوا الوقت الذى وقع فيه الإشهاد فى الموضع الذى يجوز أن يكون لإشهاداً ، فإن القاضى ينظر فيما بين الوقت الذى أشهد فيه على شفعتي وبين الشراء ، فإن كان بينهما وقت من الأوقات فعليه التمين : بالله إنه لم يعلم بالشراء قبل هذا الوقت الذى أشهد فيه على شفعتي ؟ فإن حلف بى . فإن اتفقا على التمن دفعه إليه - يعنى التمن - وقضى له بالدار .

وذلك^(٢) أن الشفعة فى الظاهر قد كان وجبت على ما بيننا فى الفصل الأول . فلما ادعى المشتري أن الشراء كان منذ سنة ولم يطلب الشفيع الشفعة ، فقد ادعى عليه بطلان الشفعة ، فعليه البينة . فإذا قال للقاضى : سأل من ذلك ، فإن القاضى يسأله عن وقت الشراء ، لأنه لو صدقه فى ذلك ثبت // [ل ١٨٢ أ] وقت الشراء أنه منذ سنة ، ويصير الظاهر مع المشتري : أن الشفيع لم يطلب . وصار الشفيع هو المدعى لإثبات حق الأخذ بالطلب . فلذلك سأله القاضى عن وقت الشراء . فإن أقر بذلك وادعى أنه أشهد على شفعتي إلا أنه لم يكن فى البلد قاض - [وكان^(٣)] البلد غالباً من القاضى - فإن القاضى يسأل المشتري عن وقت الشراء : فى أى يوم كان ، وفى أى شهر من السنة ، حتى تحصل دعوى الشفيع فى وقت الطلب معلوماً . فإذا قال المشتري ذلك ، قال للشفيع : قد سمعت الوقت ، فهل هو على ما قال ؟ فإن قال : نعم ، قال : فتي حلت ؟ فإن قال : فى اليوم الذى اشتري ، وساعة اشراتها كنت حاضراً للشراء فأشهدت على شفعتي ثم طلبت الشفعة ، فقد حصل الدعوى فى معلوم ، لأنه قد ثبت أن الشراء وقع فى شهر معروف ويوم معروف منذ سنة عندهما

(٢) فى الأصل : كان .

(٣) ل : وكله .

جميعاً . والشفيع يدهى أنه قد طلب الشفعة ، فعليه البينة على دعواه . فإذا جاء بالبينة سألهم القاضى : أين أشهدكم على هذا ؟ لأنه يجوز أن يكون موضع الإشهاد على الطلب موضعاً لا يصح فيه الإشهاد على الطلب ، مثل أن يكون فى بيت نفسه ، أو فى موضع لا يكون عند الدار ولا عند البائع ولا المشتري ، فلا يثبت حكم هذا الإشهاد ، إذ الإشهاد عندنا لا يصح إلا فى أحد هذه المواضع الثلاثة إذا كانت الدار فى يدى البائع . فإذا كانت الدار فى يدى المشتري بقى موضعان : حيث المشتري ، أو الدار . فذلك سألهم عن مكان الإشهاد . فان قالوا فى موضع الدار أو المشتري وثبت الإشهاد ونظر فى الوقعة الذى وقع فيه الإشهاد والوقت الذى وقع فيه الشراء ، فان لم يكن بينهما [ف ١٥٦ أ] وقت فالشفعة ثابتة . وإن كان بينهما وقت ، فان هذا لا يوجب إثبات الشفعة لأنه يجوز أن يكون الشفيع قد كان علم قبل ذلك فلم يشهد على الشفعة فبطل // [ل ١٨٢ ب] شفيعته . فيلغى أن يحلف الشفيع : بالله لم يكن يعلم بالشراء قبل هذا الوقت ؟ لأن الشفيع ما هنا مدعى عليه أنه قد كان علم بذلك قبل الإشهاد ، فلم يطلب ، فعليه اليمين : بالله ما يعلم بذلك قبل الإشهاد ؟ فان حلف على ذلك واتفقا على الثمن دفعه إلى المشتري ويقضى له بالدار ، لأنه قد أثبت الصفقة ، فعليه تسليم الثمن^(١) حتى يستحق أخذ الدار ، مثل المشتري لا يأخذ الدار إلا بتسليم الثمن . كذلك الشفيع .

628 قال : { وإن اختلفا فى الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه } . وقد بينا هذا فى الشفعة ، لأن الدار من ملك المشتري^(٢) ، فالرجوع^(٣) إلى قوله .
قال : { وإن أقاما البينة ، فالبينة بينة الشفيع فى قول أبى حنيفة . وفى قول

(٤) ساقط من ف .

658 (١) مزيد هنا فى الأصل : يستحق .

(٢) فى الأصل : فالرجوع .

أبي يوسف ومحمد : البيعة بينة المشتري { . وهذا غلط منه (٣) ، لأن محمداً مع أبي حنيفة في هذه المسئلة . وقد بينا هذا في الشفعة ونظائر هذه المسائل من الاختلاف في قيمة البناء وغير ذلك . وبيعة هذه المسئلة لأبي حنيفة ومحمد أن الشفيع أقام البيعة على إقرار المشتري بأن الثمن كان ألف درهم لأن عقد البيع بقره وقع ، فأقامة البيعة على العقد إقامة على (٤) إقراره . فإذا كان كذلك ثبت أن الشفيع أقام البيعة على إقرار المشتري ، والمشتري أقام البيعة على إقرار نفسه . فكانت بيعة الشفيع أولى ، لأن بيعة الإنسان على إقرار نفسه لا تمنع بيعة الغير على إقراره . وقد استوفينا الكلام فيهما في الأصل . وأما أبو يوسف فإنه جعل بيعة المشتري أولى لحصول الزيادة في شهادتهم ، كما قالوا في البائع والمشتري أن بيعة البائع أولى من بيعة المشتري . والجواب عنه لأبي حنيفة ما بينا لأن البائع أقام البيعة على المشتري بالعين والمشتري [ل ١٨٣] أقام البيعة على البائع بألف ، فساووا من هذه الجهة ، ويرجع في نفاذ الحكم بها على الزيادة لهذه الملة . وفي مسئلتنا المشتري لم يقم البيعة على إقرار الشفيع ، فلذلك لا تقبل بيعة عليه .

فصل

٥٥٧

وإن قال الشفيع للقاضي : إن المشتري يقول إنه اشتراها منذ سنة ، ولم يعلم إلا منذ خمسة أيام ، وذلك الوقت لم يمكنه فيه التقدم إلى القاضي ، فإنه يكلف أن يقيم البيعة على الشهادة على شفيعته وأنه قد طلبها . فإذا اثبت ذلك حلفه القاضي : بالله ما علم بشراء فلان هذه الدار قبل هذا الوقت الذي أشهدت فيه هؤلاء الشهود على شفيعتك فيها وعلى طلبك لإياها . فإن نكل عن التمين فلا حق له فيها . وإن حلف على ذلك ولم يمكنه التقدم إلى القاضي منذ

(٤) سابق من له

(٣) أي من الحساب .

أشهد وعلم إلى يومه ذلك ، فله الشفعة . وإن أمكنه التقدم وترك ذلك وفرط
في الطلب بطلت شفعته { . وهذه المسألة معطوكة على الأولى ، فلهذا لم يقين
وجه السؤال على كل ما يحتاج إليه . والحكم في هذه وتلك سواء في سؤال
البينة عن وقت // [ف ١٥٦ ب] الإشهاد وغير ذلك . فإذا كان كذلك
إن الدار إذا كانت مشتراة منذ سنة على ما قال المشتري ، والشفيع ادعى أنه
لا يعلم إلا منذ خمسة أيام ، وقد أقام الشفيع البينة على إشهاده منذ خمسة أيام ،
فإن المشتري منع لبطان الشفعة بالسكوت عن طلبها منذ سنة إلى هذه الخمسة
الأيام ، فيحلف الشفيع ^(١) : بالله ما علم بذلك قبل وقت الإشهاد ؟ فإن نكل
عن اليمين صار كأنه أقر بأنه علم بالشراء قبل ذلك ، فتبطل شفعته . وإن حلف
برىء من دعوى المشتري وثبت له الإشهاد على شفعته . إلا أنه [إذا] كان
بين الإشهاد وبين هذا الوقت وقت كان يقدر على الوصول إلى القاضي
والخصومة في ذلك فقد بطلت الشفعة لأنه لم يأت المشتري ولم يطلب منه
فيبطل حكم ذلك على الإشهاد .

فصل

660

قال : { وقال // [ل ١٨٣ ب] ^(١) أبو حنيفة : إذا طلب الشفيع الشفعة
فأشهد على المشتري بذلك فهو على شفعته أبداً . وقال محمد : إن ترك
الطلب ^(٢) بعد الإشهاد على المشتري بطلت شفعته { . وأما قول أبي حنيفة فهو
ظاهر لأن الشفعة إذا أشهد عليها ثبت حق الشفيع في الأخذ ، فيعد ذلك
لا يبطل ^(٣) أبداً كالبيع وسائر العقود إذا وجد فيها الإيجاب والقبول لم تبطل
أبداً ^(٤) . وإن لم يوجد حتى افتراقاً بطل المقد . فالطلب في مثل هذا القبول إذا

659 (١) كذا في ج . وفي ف ، ل : البائع .

(٢) ل : طلب .

660 (١) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ل .

ثبت حكمه لا يجوز أن يطل بالسكوت عنه : فأما قول محمد فهو استحسان ، وذلك أنه إن لم يحكم يطلان شفعة كان قد [أضر]^(١) بالمشتري لأنه يكون ممنوعاً من التصرف في الدار طول دهره ، والدار في ملكه ، فلا يجوز ذلك . وأبو حنيفة لم يعتبر هذا لأن في كل هذا يمكن الوصول إلى حقه بأن يحمله إلى القاضى حتى يأخذ الدار بالشفعة أو يبرأ منها حتى يتصرف فيها . فهذا موجود في البيع لأن المشتري إن لم يأخذ الدار أيضاً وغاب حتى لا يقدر البائع على التخلية بينها وبين المشتري ولم ينقل له الثمن ، ويبقى خمسون سنة ، كان البائع ممنوعاً من التصرف في الدار وفي ثمنها . والملك لا يخلو من حصول البدل له والتصرف في نفس الملك ، وهذا ممنوع من التصرف في الدار ومن الثمن جميعاً . ومع ذلك لم يطل حتى المشتري . كذلك الشفيع .

٨٨١ قال : { وإن قال الشفيع : قد كنت أشهدت على شفعتي وعلى طلبها يوم علتُ بشرائه وذلك منذ خمسة أيام فأت شهودى أو غابوا ، أو قال : لم أجد قوماً أشهدهم على شفعتي إلا أنى قد جئت إلى المشتري وطلبتها منه وسألته أن يدفعها إليّ بشفعتي فيها فنحنى ذلك ، فأعلته أنى على شفعتي ، واستحلفه لى على ذلك ، فإن القاضى يحلف المشتري على ذلك : بالله ما تعلم أنه أشهد على شفعتي في هذه الدار التي اشتريت في الوقت الذي ذكر وهو يوم كذا ؟ وأما العين على طلبها من المشتري فإنه يحلف المشتري : بالله البتة ما طلب هذا الدار التي اشتريت بشفعتي فيها منك يوم كذا ولا // [ل ١٨٤ أ] سألك دفعها إليه بشفعتي ؟ فإن نكل عن العين على ذلك يحلف الشفيع ما علم بشرائه قبل هذا // [ف ١١٧ أ] اليوم الذى أشهد فيه وطلب . فإن حلف وجبت له الشفعة { . وذلك أنه قد جمع بين مسئلتين ، أحدهما أنه أشهد على نفسه ، إلا أن شهوده قد ماتوا أو غابوا ، والثانية أنه لم يجد أحداً يشهد على ذلك فجاء

وطلب من المشتري . فإذا كان كذلك قلنا إن الظاهر في خلاف ما ادعى الشفيع لأنه يدعى إثبات الطلب ، وليس له بينة على ذلك ، فيحلف المشتري على دعواه . فإن كان^(١) دعواه في أنه أشهد على ذلك إلا أن شهوده قد ماتوا أو غابوا فإن المشتري يحلف على العلم ، لأنه على فعل الغير : بالله ما يعلم أن الشفيع قد أشهد على شفيعته في هذه الدار في يوم كذا . وإن كان الدعوى في طلب الشفعة من المشتري ، فإن المشتري يحلف على البينات لأنه فمثل نفسه إذ كان الشفيع منه طلب تسليم الدار إليه . فيحلف : بالله ما طلب منك شفعة هذه الدار في يوم كذا ولا سألك دفعها إليه بالشفعة . فإن حلف برىء من دعوى الشفيع ، لأن الإشهاد لم يثبت إلا أن يقيم الشفيع البينة على الإشهاد . وإن نكل عن اليمين فقد ثبت الإشهاد . لحينئذ يصير المشتري هو المدعى بطلان الشفعة بترك الطلب قبل ذلك . فيحلف الشفيع : بالله ما علم شراءه قبل هذا اليوم الذي أشهد فيه وطلب ؟ فإن حلف وجبت له الشفعة ، وإن نكل عن اليمين لم تجب له الشفعة لأنه يصير كإقراره بعلمه بالشراء ولم يطلب .

قال : واليمين الأولى التي فسرناها تأتي على هذا : يحلفه القاضي : بالله ما لهذا عليك شفعة هذه الدار . فإذا حلف فقد أتى على ما يريد . ولكن إنما قال : استحلفه على أنه ما يعلم أنه أشهد على شفيعته في وقت كذا ، إذا أقر المشتري بالشراء وأن هذا جار للدار ، لأنه إذا أقر بهذا فقد [ل ١٨٤ ب] زعم أنه شفيع ، ولكنه يقول : قد علم فقرط ولم يطلب .

662 قال : { وإذا ثبتت الشفعة للشفيع ولم يعلم بالثمن فهو بالخيار إذا علم ، إن شاء أخذها وإن شاء ترك } ، من قبل أن الثمن مجهول عند . فإذا

علم به وجب له الخيار كالمشتري إذا اشترى السلعة برقبها ثم علم مارقها ، كان له الخيار في الأخذ والترك . وكمن اشترى صبرة^(١) من طعام ، كل فقير منها بدينه ، فإذا كاله ووقف على الثمن كان له الخيار في الأخذ والترك . كذلك هذا .

668 قال : { فإن أراد أخذ الدار بالشفعة قال له القاضى : ادفع الثمن وخذ الدار ، فإن قال : نعم حتى أحتال^(٢) الثمن أو اضطرب فيه ، لم يكن له ذلك } - يعنى أخذ الدار . فأما الشفعة إذا قضى بها القاضى فلا تبطل أبداً ، إلا أن الدار صارت ملكاً للشفيع وإن لم يكن له أهلها ، كما يكون ملك المشتري وإن لم يكن له أخذها من البائع حتى يسلم إليه الثمن . وأما قبل القضاء بعد الطلب فعلى ما يبتا من الاختلاف بين أبى حنيفة ومحمد .

قال : { وإن قال : الثمن فى منزلى ، أذهب فأجىء به ، أو : هو عند الصيرفى ، أذهب فأجىء به ، فله ذلك . ولا يؤخر الشفيع إذا //

[ف ١٥٧ ب] اختار بالثمن إلا مقدار هذا الذى ذكرنا ونحوه } . يعنى لا يحكم له بالدار إلا على هذا الوجه ، لأن هذا مثل سائر عقود المعاوضات ، فيلغى أن يقع ملك كل واحد منهما بإزاء ملك صاحبه .

664 قال : { فإن أحضر الشفيع البائع ، والدار فى يده لم يدفعها إلى المشتري ، والمشتري ضالِب ، لم يكن بينه وبين البائع خصومة } ، لأن الملك للمشتري ، فلا يجوز أن يستحق عليه ملك من غيبته ، إذ الحكم على الغائب لا يجوز عندنا .

662 (١) أى كية بلا كيل ولا وزن .

663 (١) لـ : اختار . ولعل المعنى هنا أن يميل بالثمن على إنسان آخر ، أو حتى يقضى له جميعه .

قال : { وكذلك إن كان المشتري حاضراً والبايع غائباً ، والدار في يدى
البايع } من قبل أنه لا يجوز إزالة يد البايع عن الدار مع غيبة البايع . { فإن
كان دفع الدار إلى المشتري وغاب قضى للشفيع على المشتري ^(١) } ، لأنه
لا حق للبايع في الدار بعد التسليم . { فإن كان المشتري // [ل ١٨٥ أ] هو
وكيل في الشراء فللشفيع أخذها من يده ولأن كان الملك للأمر } ، من قبل
أن حقوق العقد متعلقة بالعاقدين ، والشفيع قد ثبت له الأخذ على الوكيل
بالعقد ، فلا تبطل لغية الأمر ، لأن الأمر وإن كان ملك الدار فانه ^(٢) لم
يمسكها بالعقد ، وإنما يملكها من جهة الوكيل بالضمان بحقوق العقد . وليس
هذا ككونها في يدى البايع والمشتري غائب لأن ملك المشتري يثبت بالعقد
الذى يثبت به حق الشفيع . ومتى ما أخذ الشفيع الدار من يدى البايع أنفسخ
العقد بينه وبين المشتري ، فينفسخ حيثئذ ملك المشتري بفسخ ^(٣) العقد . فإذا
كان كذلك لا يجوز أن يفسخ ملك المشتري وترد الدار إلى ملك البايع حتى
يأخذها الشفيع ^(٤) مع غيبة المشتري . وهذا المعنى غير موجود في مسئلة الوكيل
لأن الشفيع ^(٥) إذا أخذ الدار من يدى الوكيل لا يفسخ ملك المشتري ، لأن
الدار من ملكه تستحق . ولا يفسخ البيع بين الوكيل وبين البايع
أيضاً لأنها أخذت بعد القبض ، ولا هناك عقد بين الوكيل والمشتري حتى
ينفسخ بأخذ الدار من يدى الوكيل إذ قلنا إن الموكل يملك الشيء من جهة
الوكيل بالضمان لا بالعقد . فإذا كان كذلك ، لم يكن في أخذ الدار من يدى
الوكيل فسخ عقد على المشتري ، أولاً يفسخ الملك عليه . وإنما هو استحقاق
الدار من ملكه ، فقد عَقَّده وكيله وأقامه مقام نفسه في ذلك العقد وما يتعلق
به من الحقوق . وهذا الحق الذى [أوجب] ^(٦) للشفيع الشفعة كان من

684 (١) في الأصل يوجد هنا كلمة : صح .

(٢) أى المشتري .
(٣) ل : ويفسخ .
(٤) ساقط من ل .
(٥) في الأصل : وجب .

حقوق ذلك المقد . فلذا كان الشفيع أخذا من الوكيل من غير انتظار الموكل . وهناك لم يكن له أخذا من يدى البائع لأن فيه فسخ ملك المشتري وعقده مع غيبته من غير أن يكون هناك أحد يقوم مقامه .

685 قال أبو بكر الخصاص : { فإذا اشترى الرجل من الرجل داراً ومهما بالسواد والدار بالكوفة فطلب الشفيع الشفعة بالسواد حيث المشتري ، فله ذلك ، وكذلك ^(١) } إن طلب بالكوفة حيث الدار . }

الأصل في هذا أن // [ل ١٨٥ ب] طلب الشفعة عندنا يصح بأحد ثلاثة مواضع إذا كانت الدار غير // [ف ١٥٨ أ] مقبوضة : عند البائع أو عند المشتري أو عند الدار . وإذا كانت مقبوضة فعند المشتري أو عند الدار ، إذا كانت غير ^(٢) مقبوضة ، فللبائع حق الإمساك واليد ، فيصح الإشهاد عليه إذ الاستحقاق من يده فيها [يزوال ^(٣)] يده عن الدار . ويصح عند المشتري لأن ملكه يستحق ، فيصح وقوع الإشهاد عليه . ويصح عند الدار لأن المستحق هو الدار [^(٤)] على الإشهاد وعند المشتري لثبوت حق الاستحقاق .

قيل للشيخ : لم لا يكون مثل القبول ، إنه لا يصح إلا عند العاقد لأن الطالب [^(٥)] . فأما إذا كانت مقبوضة فإن حق البائع قد سقط ، فلا يصح الإشهاد عليه ، ويصح عند الدار وعند المشتري لما يتنا .

686 قال : { ولا تصح البراءة وتسليم الشفعة قبل البيع } لأن البراءة من الحقوق قبل ملكها لا يصح . ألا ترى أن المشتري إذا أبرأ البائع من خيار

685 (١) ل : وبذلك .

(٢) ساقط من ل .

(٣) ل الأصل : يزول .

(٤) يمانى الأصل .

الرؤية أو العيب لم يصح . فكذلك هذا مثله . وكما قالوا جميعا في البراءة من الدين قبل وجوبه إنه لا يصح . كذلك هذا .

قال : { فإن سلم بعد ما وجب البيع ولم يعلم بالشرائه فهو تسليم } ، لأن حق الطلب للشفعة عندنا يجب بالعقد . فإذا كان السبب الموجب له ذلك هو العقد - وقد وجد - صححت البراءة منه والتسليم ، سواء علم بذلك أو لم يعلم ، كما تصح البراءة من الديون ، علم به أو لم يعلم ، وكما يصح العتق والطلاق والعفو من هم العمد علم^(١) بالأسباب الموجبة لها أو لم يعلم . والمعنى الجامع بينهما وبين مسئلتنا إسقاط الحق بعد وجوب السبب الموجب له . وليس هذا كخيار المعتقة لبطلان الزوجية مع عدم العلم ، لأن الخيار هناك لا يثبت عندنا إلا علمها بالعتق . فلا يكون السبب الموجب لخيارها موجوداً . ونظير ذلك في مسئلتنا : أن تعلم بالعتق ولا تعلم أن لها خيار فسخ العقد // [ل ١٨٦ أ] أو إضعافه فاختارت الفسخ أو الإضعاف إنه يجوز وإن لم تعلم بخيارها لوجود السبب وهو علمها بالعتق .

667 قال : { ولو سلم الشفعة البائع جاز أيضاً } ، وذلك أن للبائع حقاً في هذا التسليم وإن كانت الدار مسلبة إلى المشتري ، لأنه متى رد عليه المشتري بالعيب بقضاء قاض لم يكن للشفيع أخذها . فإن كان كذلك صح التسليم للبائع كانت الدار في يده أو لم تكن . ولا يكون له أخذها من المشتري لأن تسليم الشفعة إذا سقط من وجه سقط من سائر الوجوه ، لأنه حق واحد .

قال : { ولو قال للمشتري : قد سلمت شفعة هذه الدار التي اشتريتها ، وكان المشتري وكيلًا في ذلك ، صح التسليم } ، لأن المشتري هو الخصم في ذلك ، فيصح التسليم له كما [ف ١٥٨ ب] يصح الأخط منه .

قال^(١) : { وكذلك لو قال : سلمت شفعتما إن اشتراها له { لأن فيه تسليم الشفعة للوكيل والموكل جميعاً ، كما قلنا في البراءة إذا أبرأ المكفول عنه برىء المكفيل . كذلك هذا إذا سلم الشفعة للموكل قد سلم للوكيل ،^(٢) إذ الوكيل^(٣) قائم مقامه في ذلك .

قال : { وكذلك^(٤) لو كان رجل قد وكله رجل في تسليم الشفعة فقال : سلمتها لك ، أو قال : قد تركتها لك ، أو قد صفحت عنها لك ، فهذا كله تسليم الشفعة { لأن هذا بمنزلة قوله : سلمتها لأهلك وكلامك ، إذا كان التسليم ورد على سؤال السائل . وليس هذا كابتداء التسليم للأجنبي ، إنه لا يكون تسليمًا لأنه إذا لم يكن هناك دلالة على تسليم للمشتري وبرأته من حق الشفيع لم يكن يحصل الكلام على ذلك . فصار كأنه قال : سلمتها لك ، أو وهبتها لك لتقوم أنت مقامى في الأخذ ونقلها إليك . والشفعة لا يجوز نقلها إلى الغير عندنا فلا يصح التسليم للأجنبي ولا من المشتري أيضاً لأن الشفيع لم يرثه من ذلك ، وإنما أقام غيره مقام نفسه ، مثل هبة الدين إذا قال لغيره قد // [ل ١٨٦ ب] وهبت لك ما في ذمة فلان من الدين الذى لى عليه ، لم تصح الهبة ولا يبرأ المطلوب . كذلك ما هنا . وكذلك لو صالح الأجنبي من الشفعة على مال ، فإن شرط نقل الشفعة إلى الأجنبي لم يقع التسليم ولا وجب المال ، لما ذكرنا أن نقل الشفعة لا يصح . وإن لم يشرط النقل كان تسليمًا للشفعة ولا يستحق المال أما بطلان المال فلأن حق الشفعة ليس بمال ولا يؤول إلى مال ، ولا فيه إبطال ملك فلا يجوز أن يعتاض عنه بدلا ، قياساً على خيار القبول وعلى الكفالة بالنفس : إنه إذا صالح على إبطال خيار القبول وإبطال الكفالة لم يستحق المصالح له المال المعوض عنه لليلة التى ذكرناها . أما قولنا : ليس بمال ، فهو احتراز من الصلح [من دم]^(٥) العمد والصلح من العيب .

687 (١) ساقط من ف .

(٢) ل : وكله .

(٣) ساقط من ل .

(٤) ل : الأصل : وهم .

وأما قولنا: وليس فيه إبطال ملك ، فاحتراز من العتق على مال ، إذ البذل يؤخذ عن العتق لأن فيه إبطال ملك المعتق . وقد بينا هذه المسئلة وما يمرض عليها في الشفعة . وأما التسليم فإنما صح لأن بطلان البذل من جهة الحكم لا يقدح في التسليم بدلالة بطلان البذل في الخلع من جهة الحكم إذا كان خمراً أو خنزيراً لا يقدح في الخلع . وكذلك في الصلح من دم العمد وغير ذلك . فإن قيل فما الفرق بين قوله للأجنبي ابتداء : قد سلّمت لك شفعة هذه الدار ، إنه لا يكون تسليماً ، وبين قوله : صالحتك من الشفعة على هذا المال ، يكون تسليماً ، وفي كلا الموضعين ليس اللفظ [نقل] (٥) الشفعة إليه ؟ قيل له : أما قوله : قد سلّمت لك ، فظاهر اللفظ أن الشفعة سلمها له ونقلها إليه . ألا ترى أنه لو قال : وهبتها لك ، يكون بمعنى نقلتها إليك ، ولا يكون بمعنى وهبتها للمشتري لأجله ، إذ لم يكن هناك دلالة غير خطاب الشفيع . فكذلك قوله : سلمتها لك ، يكون التسليم إليه دون المشتري . وأما قوله : صالحتك منها // [ل ١٨٧] على ألف درهم فليس فيه دلالة على // [ف ١٥٩] نقل الشفعة إليه ، فيكون تسليماً للشفعة في الأصل ما لم يقل على أن الشفعة لى . هذا الذى حصلنا من جهة الشفيع ، وفيه إشكال ، لأن الكاف يجوز أن تقوم مقام لك . ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول : وهبتها لك ، وبين قوله : وهبتها ، وقوله : صالحتك ، أى أسلمها لك ، على ألف ؟ إلا أن الذى يقوى عندى هو أن الأصل الصلح على البراءة ، ولا يوجب النقل عند أصحابنا . ولا يملق ضمان ما لم يشترط ، فإذا كان مقتضى الصلح البراءة وجب حله على البراءة . فيكون واقعاً على براءة الشفيع من الشفعة ، فتبطل الشفعة . وفي الباب الأول ذكر التسليم دون لفظ الصلح ، والتسليم يوجب النقل ، فالظاهر أنه يوجب نقله إلى المخاطب دون غيره ما لم يظهر لنا دلالة على غيره .

(٥) في الأصل : نقل .

فصل

668

{ ولو أن للمشتري اشترى الدار على أن ضمن له الشفيع عن الباعع الدرك^(١) في هذه الدار ، قبل ذلك الشفيع ، بطلت شفيعته { وذلك من وجهين . أحدهما أن ضمان الدرك يتعلق به تسليم الدار أو الثمن إن عجز عن تسليم الدار . ومن وجب عليه تسليم الدار إلى المشتري بالعقد لا يستحق الشفعة ، مثل الباعع لاستحقاق التسليم عليه . والوجه الثاني أن الذي يلزمه ضمان الثمن على المشتري الباعع بالعقد لا يجوز أن يستحق الشفعة ، لأنه لو استحقها وأخذ الدار من يدى الباعع يسقط الثمن عن المشتري فيسقط عن الضمين أيضاً . وليس للضمنين سبيل إلى إسقاط ما ضمن عن الباعع عن نفسه . وليس لأحد سبيل إلى إسقاط حق الغير عن نفسه بغير إذن أو ما يقوم مقامه .

669 قال : { وكذلك لو أن الباعع باع الدار على أن^(٢) الشفيع بالخيار ثلاثة أيام^(٣) ، فأوجب الشفيع البيع لم تجب له الشفعة { ، لأنه هو الموجب للبيع . فصار مثل الباعع ليس له فسخ ما أوجه للمشتري . ففي إثبات الشفعة له لإبطال ما أوجه // [ل ١٨٧ ب] . إذ قد يجوز له أخذها من يدى الباعع وإبطال الشراء لو جوزنا له أخذها .

فصل

670

{ ولو كان المشتري هو الذى جعل للشفيع الخيار ثلاثة ، والمسئلة بحالها ، لم تبطل شفيعته { . فالعلة الأولى موجودة هنا لأن فيه إبطال العقد الذى أوجه . إلا أن الشيخ ترك^(٤) هذه العلة وقاس هذا على الوكيل . فقال : كما أن الوكيل

668 (١) أى أن يضمن أى عيب فيها . والدرك هو التبعة ، أو المسؤولية .

669 (١) ساقط من ل . (٢) ساقط من ف .

670 (١) ل : برى .

بالباع لا تجب له الشفعة ، والوكيل بالشراء وجبت له الشفعة ، كذلك ما هنا إذا جعل الخيار إليه المشتري وجبت الشفعة^(٢) . وخيار الباع ثلاثاً في البيع يمنع وجوب الشفعة للشفيع ، لأن الشفعة عندنا لا تجب إلا برغبة الباع عن الملك ، وهو كما جعل لنفسه الخيار لم يرغب عن الدار فلا تجب له الشفعة . إلا أنه قال : ينبغي للشفيع أن يشهد على شفيعه حين وقع البيع إن علم به ، وكذلك إن الخيار إذا أبطل يوجب جواز ذلك العقد ، فتكون الشفعة واجبة به . وكذلك الملك يستند إلى حال العقد ، فينبغي أن يطلب الشفعة عند وقوع العقد .

671 قال الخصاف : { وقد قال بعض أصحابنا : الإشهاد // [ف ١٥٩ ب] يكون عند جواز البيع ، ولا يبطل البيع ولا تبطل شفيعته بتركه عن حال العقد . وذهب هؤلاء إلى أن الملك يقع عند بطلان الخيار وإن كان يستند إلى حال العقد ، فينبغي أن يكون الإشهاد في ذلك الوقت } .

672 قال : { وإن أخذها الشفيع بالشفعة ، فبني فيها بناء ثم استسحقت ، رجع على من كان دفعه إليه بالثمن ، ولم يرجع عليه بقيمة البناء } . أما رجوعه بالثمن على من دفعه إليه فلأن من أصلنا أن الثمن يُدفع إلى من أخذت منه الدار ، وتسكون [عودة]^(١) الشفيع على من أخذ منه الدار ودفع إليه الثمن ، فذلك رجع عليه بالثمن . وأما امتناع رجوعه بقيمة البناء فلأن المأخوذ منه الدار لم يوجب للشفيع ملك الدار ، وإنما أخذها منه الشفيع شاء أو أبى ، فلا يكون له غاراً في ذلك . فلا سبيل له عليه في ضمان قيمة الدار ، فصار البناء من موجب العقد ، ويكون الباع غاراً له في ذلك . فإذا استحق رجع عليه // [ل ١٨٨ أ] كما يرجع بقيمة [عقد الولد المفقود]^(٢) . { والوكالة

(٢) ساقط من ف .

(٢) في الأصل : ولد المفقود .

672 (١) في الأصل : عهدة .

في أخذ الشفعة جائزة { كما يجوز في سائر الحقوق من اقتضاء دين وغير ذلك .
 { فإن قال (٣) المشتري للوكيل : أنا أريد عين الشفيع لأنه قد سلم الشفعة لي ،
 فإن القاضي يأمره بتسليم الدار إلى الوكيل إن وجبت له الشفعة ، ثم يتبع
 المشتري فيحلفه على دعواه { ، كما قلنا في الوكيل بقبض الدين إذا ثبت الدين
 وادعى المطلوب براءته من جهة الطالب أمر بتسليم الدين إلى الوكيل ، ثم يتبع
 هو الطالب في يمينه على دعواه . وكذلك إن أراد استخلافه على أنه لم يفرط
 في طلب الشفعة وأنه لم يعلم قبل ذلك فهو على هذا .

673 باب الخصمين يحكمان بينهما حكما

ذكر في أول هذا الباب أحاديث عن السلف من التابعين في جواز
 الحكمين ، والذي يدل على جواز الحكم بين الخصمين بتراضيهما قوله تعالى
 ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ
 وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِبِهَا إِنْ يَرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا ﴾ (١)
 فهذا أصل في جواز التحكيم بين الخصمين . { وقد روى عن جماعة من الصحابة
 منهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما غاصم أبي بن كعب في أرض وحكما
 زيد بن ثابت ، لحكم بينهما . وعن علي رضي الله عنه حين غاصم اليهودي في
 درج وجدته في يده فادّعى أنه كان لرجل من الأنصار يعني طلحة على
 ما قيل - غاصم إلى شريح ، وكان وليّ الأمر [عليا] (٢) في زمانه ، ليحكم
 شريح بينهما ، فشهد بذلك الحسن بن علي ، وقتنبر (٣) مولى علي عليه السلام ،
 فلم يقبل شهادة مولاه . وقيل في الأخبار أنه قال لعلي عليه السلام : سمعتك

(٣) ساقط من ل .

673 (١) سورة النساء ، ٤ : ٣٥ (٢) في الأصل : ولي .

(٣) ابن سعد ، طبقات ، ج ٦ ، ص ١٦٥

تقول : لا يجوز شهادة الابن للأب ، فقال علي : فمثل الحسن ؟ فلم يقض
 (١) بالدفع لعل عليه السلام . إلا أن فيه دلالة في جواز التحكيم لأنه لو لا أن
 حكمه (٢) جاز عليه لو حكم ما ارتفع إليه . ومنهم عثمان بن عفان رضى الله
 عنه ، وطلحة والزبير (٣) لما تمحاكا في خيار الرؤية . وهذا إنما لم يرو عن النبي
 عليه السلام فيه شيء . // [ل ١٨٨ ب] لأنه لا يجوز أن يحكم أحد على النبي
 عليه السلام لأن يده مطلقة على الكافة ، وقوله مقبول ، لازم لكل مأمور ،
 ولا يجوز عليه الباطل والكذب ، وما عداه يجوز عليه غير الحق فلا يكون
 قوله لازماً لسكافة الناس ما لم يقيموه مقام الكافة . فلذلك اختلفا .

674 قال : { وحكم الحكم لازم للنصمين كما يلزم القاضى إذا وقع ما لم
 يفسخه القاضى وهو فى حق غيرهما بمنزلة عقد الصلح فاعتبره } . وإنما كان
 كذلك لأن لكل واحد منهما أن يلتزم حق صاحبه . فلما دخل فى التحكيم
 على حسب ما وجب الحكم لزمهما حكم ذلك فيما بينهما . وليس لهما أن يلزما
 غيرهما حكماً . فيكون فى حق غيرهما بمنزلة الصلح ، وفى حقهما بمنزلة
 الحكم .

675 قال : { وإذا حكم الرجلان بينهما حكماً فلكل واحد منهما أن يرجع
 عن ذلك } لأنه لم يقض عليه الحكم بعد ، فله أن لا يلزمه ، كاله أن لا يدخل
 معه فى العقد . { فإذا أمضى الحكم بينهما فليس لواحد منهما الرجوع عن ذلك }
 من وجوبين : أحدهما أنه [(١) القضاء بمنزلة حكم الملك ، ما لم يفسخه
 فيما بينهما . والثانى ، كالمثلث ، كالمثلث المتعاقدين أن يفسخ عقد الصلح بعد
 وقوعه كذلك هذا أيضاً .

(٤) ساقط من ل .

(٥) فى الأصل : طلحة بن الزبير .

(١) ساقط من ف .

675 (١) كلمة غير مقرونة ووسمها : سل .

قال^(١) : { فإذا رُفِعَ ذلك إلى القاضى نظر في ذلك ، فإن كان موافقا لرأيه والحق عنده أمضاه ، وإن كان غير موافق لرأيه أبطله } .

قال الشيخ : للقاضى أن يبطله وإن كان ذلك قد اختلف الناس فيه ليس هذا كالقضاء إذا رفع إليه لم يكن له أن يبطله إذا كان مما قد اختلف الناس فيه ، من قبل أن هذا بمنزلة عقد عقده ، لأن القضاء ليس إليهما فهو في حق غيرهما بمنزلة عقد الصلح ، فللقاضى أن يبطله على ما يراه العوالب .

676 قال : { ولو كان الحكم محبوساً في قذف أو عبداً أو مكاتباً أو أحمى أو ذمياً لم يجوز^(٢) حكمه فيما بينهما } . الأصل في هذا أنه كل من لا تجوز شهادته لا يجوز حكمه على وجه التحكيم أيضاً ، لما بيننا أن ذلك فيما بينهما بمنزلة حكم الحاكم . وحكم من لا تجوز شهادته كذلك لا ينفذ حكمه . كذلك هؤلاء في هذا الموضع . وإن كان رضى أحدهما بالتحكيم ولم يرض الآخر لا يجوز قضاءه عليهما لأنه لم يثبت أنه حكم^(٣) // [ل ١٨٩ أ] بعد حتى رضيا به جميعاً .

فصل

677

{ ولو كانا حكماً رجلاً لحكم بينهما بحكم ولم يشهد على ذلك في المجلس الذى حكم فيه فإنه لا يصدق إذا قال قد حكمت بينهما بكذا وكذا } ، لأنه إذا حكم فقد خرج من التحكيم وصار معزولاً ، ولا يصدق قول القاضى المعزول على أحد .

(٢) ساقط من ف .

676 (١) ساقط من ل .

678 قال : { وإن حكما رجلا في حد أو قصاص لم يجوز حكمه عليهما من أن الحدود حق الله تعالى ، واستيفائها إلى الإمام } ، لأنه هو القيم بأمر الله تعالى ، وهو قائم مقام السكافة . وأما القصاص فإن الشيخ أبيه الله قال : ينبغي أن يجوز لأن ولي المقتول لو استوفى القصاص من غير أن يُرفع إلى السلطان كان استيفاءه صحيحاً . كذلك ما هنا وجب أن يصح الاستيفاء // [ف ١٦٠ ب] إذا حكم الحاكم لأنه من حقوق بني آدم .

679 قال : { ولو حكما في قتل الخطأ لحكم على عاقلة القاتل بالدية لم يجوز قضاؤه } لما بينا أنه بمنزلة العقد على غيرهما ، ولا يجوز عقدهما على العاقلة كما لا يجوز صلاحهما "على غيرهما" .

قال الفيض : ولو حكم في هذا بالدية على المحكّم القاتل لم يجوز قضاؤها أيضاً ، والقاضى يبطله لأن ذلك حكم بالباطل ، لأن القاتل لا يلتزم دية المقتول في الخطأ . فقضاؤه بغير حق ، فلا يجوز .

فصل

680

{ ولو قضى على أحدهما فيما يجوز قضاؤه بإيتاء يمين أو إقراره أو بينته ، جاز } لما بينا أنهما قد اتزما حكم المسلمين . فإذا قضى "١" بذلك جاز . { فإن قال المحكّم لأحدهما : قد أقررت عندي لهذا بكذا ، وقد قامت عندي عليك بينة لهذا بكذا فشدّوا عندي ، فقد ألزمتك ذلك وحكمت به عليك لهذا ، وأنكر المقضى عليه ذلك "٢" جاز الحكم له "٣" ، وكان الحكم له لازماً ، ولا يلتزم إلى إنكاره ، إلا أن يكون يخرج من الحكم ويعزله } . مثل أن يقول : قد

679 (١) ف : عليها .

(٢) ساقط من ف .

680 (١) ل : قصد .

حكمت عليك ، وذلك أنه قد رضى بحكمه ، فقلوله مقبول عليه ما لم ينزل ، كما يجوز قول القاضى عليه قبل العزل .

681 قال : { ولو حكما أحدهما أو واحداً عن لا يجوز شهادته له لم يجوز قضاؤه عليه كما [لا] ^(١) يجوز شهادته عليه } [ل ١٨٩ ب] . ولا يجوز شهادته لما بينا أن كل من لا يجوز شهادته في شيء لا يجوز قضاؤه ، وكل ما جاز فيه شهادته جاز قضاؤه . وتحكيم الفاسق لا يجوز أيضاً كما لا يجوز شهادته .

مسئلة

682

{ وإذا تنازع الرجلان قاضى أحدهما أن له على صاحبه ألف درهم ، وأن فلاناً الغائب ضمنها له عن هذا ، فتراضياً هاذان برجل حكما بينهما ، والكفيل غائب ، فأقام المدعى شاهدين بأن هذا المدعى عليه أقر له بألف درهم ، وشهدا أن فلاناً الغائب ضمنها له بأمره أو بغير أمره ، لحكم الحاكم بالمال على المدعى عليه ، وحكم بالكفالة عليه ، فإن حكمه على المدعى عليه جائز ، ولا يجوز على الكفيل النائب } . أما على هذا فلأنه قد رضى بحكمه ، وحكمه أوجب ^(٢) لزوم المال إذ قد أقام [] ^(٣) . وأما الكفيل فلا يلزمه شيء من وجهين ، أحدهما أنه غائب ولا يجوز القضاء على غائب ، والثاني أنه لو كان حاضراً ولم يرض بحكم الحاكم لم يلزمه . فإذا كان غائباً فهو أبعد ، لأن ذلك في حقه كالعقد فيما بين الخصمين .

683 قال : { ولو كان الحكم رجلين فيما يجوز قضاء الحكم ، فاختلفا ، فرأى أحدهما رأياً ، ورأى الآخر خلافاً لم يجوز القضاء من واحد منهما حتى

681 (١) في ج فقط .

(٢) يارضى الأصل .

682 (١) ساقط من له .

يجتمعاً على رأى واحد { ، من قبل أن المتعاضدين لم يرضيا بحكم أحدهما وإنما رضىا بحكمهما جميعاً ، فلا يلزمهما أحدهما .

قال : { وكذلك لو كان هذا في قول الرجل لامرأته : أنت حلي حرام ، "ونوى الطلاق" ولم ينو عدداً ، فقال أحد الحكمين : قد حكمت بأن هذه تطلقه بامنة ، وقال الآخر : قد حكمت بأنها بامنة بثلاث لم يجر الحكم في ذلك حتى يجتمعاً على أمر واحد { لما بينا .

فصل

684

{ ولو كان الذى أقام شاهدين على حقه // [ف ١٦١ أ] في حكم الحاكمين ، حكماً له بحقه أو لم يحكما حتى مات الشاهدان أو غابا ، فسأل المدعى الحاكمين أن يشهدا له على شهادة هذين اللذين شهدا عندهما على حقه ، فإنه لا يلزمهما أن يشهدا على ذلك . وإن شهدا بذلك وفسرا للقاضى لم ينفذ شهادتهما { ، من قبل أن الشهادة لا تصح حتى يشهد شاهدان الأصل على شهادتهما // [ل ١٩٠ أ] وما هنا شهد الحاكمان على شهادتهما فلا يجوز أن يشهدا على ذلك . فإن شهدا وبيننا ذلك للقاضى لم يقبل منهما ذلك لأنهما لا تكون شهادة .

685 باب الإقرار بالمال عند القاضى في مجلسين والشهادة على صكين ذكر أحاديث في أول الباب من التاميين في جواز الإقرار كرهت ذكرها خوفاً الإطالة .

قال : { ولو أن رجلاً قدم رجلاً إلى القاضى فادعى عليه ألف درهم ، فأقر بها عند القاضى ، وأثبتها القاضى في ديوانه ، ثم دعاه القاضى في مجلس آخر بعد ذلك ، وادعى أيضاً عليه ألف درهم ، فأقر بها ، فقال الطالب : قد أقر

بألفين وذلك لى عليه ، وقال المطلوب : إنما هو مال واحد وألف واحدة^(١) ، فإن القول قول المطلوب .

قال : { وكذلك الشهادة في غير موطن إذا كان إنما شهد على ذلك رجلان فصاعداً في الوطنين جميعاً ، لم يشهد على الإقرار الثاني غير الأولين فهو مال واحد ، والإقرار عند الشهود كالإقرار^(٢) عند القاضى وإن اختلفت الأيام والمواطن ، ويدخل القليل من ذلك في الكثير } .

886 قال : { ولو أن رجلاً أشهد لرجل^(٣) على نفسه بألف درهم في صك ، ثم أشهد على نفسه في موطن آخر في صك آخر بألف درهم أولئك الشهود بأعيانهم أو غيرهم ، فإن المالين جميعاً يلزمونه . وكذلك الإقرار بالصكين عند القاضى يلزمه المالين جميعاً . [والصكّان مثنان]^(٤) له مالين مختلفين قد نسب كل واحد منهما إلى غير ما نسب إليه الآخر . وإن لم يكن صكين وكانت شهادة في موطنين ، في كل موطن شهود بألف درهم ، فإن كان الشهود على // [ل ١٩٠ ب] المال الآخرم الشهود على المال الأول فهو مال واحد ، إلا أن يقر المطلوب بأنه مالان . وإن كان الشهود على المال الآخر غير الشهود على المال الأول فهما مالان ، يؤخذ بذلك كله } .

قال الشيخ رحمه الله عليه : مذهب أبى حنيفة في هذه المسائل كلها يلزمه المالان جميعاً ، سواء كان الإقرار عند القاضى أو عند اليهود ، أو كان في صك أو غير ذلك . وعند أبى يوسف ومحمد : لا يلزمه إلا مال واحد^(٥) في هذا كله أيضاً إذا كان الشهود واحدة على المالين جميعاً . ولم^(٦) يفرق بين الصك

886 (١) ساقط من ل .

886 (١) ل : لرجلين .

(٣) ساقط من ف .

(٢) ل : قالوا قوله .

(٢) في الأصل : والصكين مشقة .

(٤) ساقط من ل .

والإقرار في غير هذا الموضع، ولا أعرف الذى قال الحصاص في الفرق بين الإقرار والصك . وجه قول أبي حنيفة أن الألف التى أقر بها في المرة الثانية في الظاهر أنها غير الأولى [فلأنه قد نكثها] (٥) ولو كانت هى الأولى لمرتها (٦)، فلما ترك التعريف لم يكن في اللفظ دلالة على أن المراد بها الأولى . فلا بد من إلزام المالكين جميعاً . فأما أبو يوسف ومحمد فإنهما ذهباً إلى أن الثانية يُحتمل أن يكون // [ف ١٦١ ب] المراد بها الأولى ويحتمل غير ذلك، فلا يجوز إثبات المال بالشك والاحتياط (٧)، وإنما يلزمه ما دخل تحت إقراره لا محالة . والجواب عن هذا أننا لم نلزمه المال بالشك وإنما ألزمناه بقوله حيث نكس المال الثاني ولم يبين لنا المراد .

687 قال : { ولو نسب المال إلى ثمن عبد سماه وسمى مجلسه وعمله فهو مال واحد } . وهذا يلغى أن يكون قولهم جميعاً ، لأن العبد الواحد لا يكون بشنتين . فلما قال في المرة الثانية : على ثمن فلان (٨) العبد ألف درهم ، فقد عرف الألف بأنها الأولى ، فلا يجوز أن يلزمه ألفان (٩) .

قال : { وإن كان مبهماً لبس فيه ثمن عبد فهو مالان } .

688 قال : { وإن جاء شاهدان على ألف درهم ولا يعلم [أفي موطن] واحد أو في موطنين فهو مالان ، إلا أن يعرف أنه موطن واحد } . وهذا يلغى أن يكون على الخلاف الذى // [ل ١٩١ أ] تقدم القول به (١٠) .

(٥) في الأصل : إلا أنه قد ذكرها .

(٦) ل : أقر بها . (٧) ساطع من ف .

687 (٨) ساطع من ل . (٩) ل : ألفين .

688 (١٠) المضى في هذه الفقرة غير واضح ، ولعل المراد أن فريقين من الشهداء شهدا ولا يعرف أى موطن واحد أى موطنين .

قال : { إن شهد شاهدان على ألف من ثمن ثوب مروى وآخران على ألف من ثمن ثوب مروى في موطن آخر فهو مالان } . فهذا قولهم جميعاً لأنهما قد بينا أنه صلى به المالين جميعاً ، فلا يكون لنا أن نجعلهما مالا واحداً .

قال : ثم ذكر بعد هذا وقال : { إن شهد شاهدان على ألف في موطن وشهد آخران على خمسمائة في موطن آخر ، وآخران على ألف وخمسمائة في موطن آخر فهذه أموال يؤخذ بها كلها } .

قال ^(٢) الشيخ : روايته لهذه المسائل من غير ذكر الخلاف ، وقال : جملة الأمر في هذا الباب أن عند أبي حنيفة يؤخذ المطلوب في كل إقرار بما أقر به ، وإن أقر بمالين يؤخذ بمالين وإن أقر بثلاثة يؤخذ بثلاثة سواء كان ذلك في موطن واحد أو في موطنين ، أو كان الإقرار عند القاضى أو عند الشهود ، أو في صك أو في غير صك ، وذلك لأن محمداً قد ذكر عنه في الإقرار ^(٣) إذا كان في موطن يكون مالا واحداً ، وإذا كان في موطنين مالين . ثم ذكر في غير الإقرار ^(٤) فقال : الموطن الواحد والمواطن سواء عند أبي حنيفة ويلزمه المالان . وقد بينا وجهة قوله فيما تقدم . وعند محمد وهو قول أبي يوسف أن ذلك مال واحد سواء كان في موطن أو في موطنين في صك كان أو في غير صك ، عند القاضى أو عند غيره ، إلا أن يكون في اللفظ أو في الحال دلالة على أنه أراد به مالا آخر ، فيكون مالين . ثم سئل الشيخ ما قال الخصاص في الشهادة ، كيف قولهم فيها ، فقال : الشهادة مثل هذا ، أبو حنيفة يجعله مالين ، وأبو يوسف ومحمد يجعلانه مالا واحداً ، ما لم تظهر الدلالة على غير ذلك . وأنكر ما قاله الخصاص أنه إذا كان الشهود على المال الآخر غير الشهود على المال الأول فهو مال واحد ، وإن كان الشهود على المال الأول فهو مالان . فقال ^(٥) [١٩١ب] الشيخ : لو قال على القلب كان أقرب ، لأن الإنسان إذا أشهد قوماً على نفسه بمال

للإنسان لا يشهد على نفسه مرة أخرى في ذلك المال ، وإنما يشهد على مال آخر . وعندهم يجوز أن يشهد على المال الذي أشهد الأولين^(١) عليه ، وكان ينبغي أن يكون الشهود إذا كانوا واحدة على [ف ١٦٢] [المالين جميعاً أن يكون مائتين^(٢) ، وإن كانا فريقين يكون مالا واحداً . فلا أدري من أين يكون له هذه التفصيلات من تغير تحصيل معنى .

689 قال الخصاص : { ولو أن رجلاً جاء بشاهدين على صك بألف وجاء المطلوب بشاهدين على البراءة من ألف ، وليس في واحد منهما تاريخ ولا يعلم أى الصكين أول فإن البراءة في هذا كله أولى ، إلا أن يكون تاريخ الصك بعد تاريخ البراءة ، فيكون المال المتأخر "عن البراءة لازماً للمطلوب ، وهذا مالان : الذي كتب منه البراءة غير المال الذي^(٣) بعد البراءة } .

وهذا دليل وحجة على أن المالين في موطنين يلزمان جميعاً . قال : ألا ترى أن الطالب لو قال : قد استوفيت المال الأول وبقي هذا الآخر إنما يلزم المطلوب المال الآخر ؟ أن أيت^(٤) لو أن^(٥) رجلاً له على رجل صكان ، كل صك بألف درهم ، في كل صك شهود وتاريخ ، والصكان يختلفان^(٦) ، وعند المطلوب براءة بألف في صك وبراءة بخمسمائة في صك آخر ، فقال المطلوب : إنما ماله ألف درهم وقد أخذ مني ألف وخمسمائة ، وقال الطالب : مالى ألفان ولم أقبض شيئاً ، فإن المطلوب يبرأ من ألف وخمسمائة ويؤخذ بخمسمائة تمام الألفين ؟

قال : { ألا ترى أن البراءتين لو كانتا كل^(٧) واحدة بألف كان المطلوب يبرأ من المال كله ؟

(١) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ل .

689 (١) ساقط من ل .

(٢) في الأصل : مختلف .

قال : { ولو كان الطالب قال : [نما مالى ألف^(٥) درهم] - يعنى فى هذه المسئلة ، مسئلة البراءة من ألف وخمسمائة - { وإنما قبضت منك ألف ، وقال المطلوب : قبضت ألفين ومالك ألف ، فإن المطلوب يرجع على الطالب بألف { ، لأنه قبض الألفين وإن أقر أن ماله ألف . هذا إذا كان براءة قبض فهو كما قال ، وإذا كان البراءة بنير قبض فلا يلزمه شيء ، لأنه ليس عليه كتاب بقبض شيء ولا أقر به أيضاً . ثم قال : لو أيت رجلا أشهد على نفسه لرجل بكر حنطة // [ل ١٩٢ أ] وحنطة دنانير وحنطة دراهم فى صك ، ثم أشهد فى صك آخر بكر حنطة وعشرين ديناراً أو عشرين درهما ، أو كرت شعير ، أما يؤخذ بالصكين جميعاً ؟ وهذا يؤخذ بهما جميعاً { .

690 قال : { وكذلك البراءة ، إذا كان لرجل على آخر ألف درهم ، لجاء براءات فى كل يوم براءة من مائة ، والشهود على كل براءة غير الشهود على البراءة الأخرى ، ومعه تسع براءات ، وقال الطالب : ما قبضت منه إلا مائة درهم ، ما يبرأ المطلوب إلا من مائة { - يعنى إذا لم يكن قبض شيئاً غير ما ذكر فى البراءات . وأما إذا أقر يقبض مائة فلا يرجع عليه بشيء لأنه قد جاء بتسع براءات كل واحدة بمائة ، فذلك تسع مائة ، وقد قبض مائة فذلك ألف .

691 قال : وكذلك مكاتب عليه من مكاتبته نجوم^(١) لجاء براءة وليس فيها تاريخ ، وقد أشهد على البراءات فى مواطن مختلفة شهوداً مختلفين ، فهذا يحسب له كله { . هذا جلة ما ذكر الحصاص فى هذا المجلس . ومسائل البراءة صحيحة على ما قال وهى شاهدة لأبى حنيفة على من عاقله فى الأخذ بكل ما أقر به من عدد الأموال ، كما يحكم بالبراءة ، ولا تجسّل براءة واحدة . ومعلوم

(٥) ساقط من ف .

أن البراءة لا تكون إلا من مال . فإذا كانت البراءات // [ف ١٦٢ ب]
الكثيرة توجب الحكم بكل براءة فالأموال الكثيرة مثلها . والذي قال في
موطن أو موطنين في البراءة فهو عند أبي حنيفة سواء كما قال في الأموال .
والذي قال إن المال والبراءة إذا اجتمعا ولا يُعلم أيهما أول فإن البراءة
أولى (٢) من قبل أن لفظ البراءة يقتضى براءة المبرأ من كل حق للطالب عليه .
لولا ما كان ذلك براءة . فإذا برى بنفس البراءة من كل حق للطالب قبله ،
فبعد ذلك إذا ادعى عليه الطالب حقاً لا يصدقه حتى يتبين التاريخ أن هذا المال
لزمه بعد البراءة ، إذ قد وقع البراءة من كل حق كان له عليه في حال وقوع
البراءة . وقد خلط الخصاص في هذا الباب خاصة في مسائل الإقرار بالمال
والشهادة عليه . والذي يتحصل من جملة ما ذكره في هذه // [ل ١٩٢ ب]
المسائل أن الإقرار إذا كان في صك ، عند الشهود كان أو عند القاضى ،
سواء كان ذلك في مجلس أو فى مجلسين ، فإنه مال واحد . وإذا كان ذلك في
الصكك في مواطن مختلفة بشهود مختلفين فهو أموال . وإذا كان الموطن
واحداً فهو مال واحد . وقال فى الشهادة : إذا لم يكن فيها ذكر إقرار المطلوب
مثل الصكك إنه يحكم عليه بكل شهادة شهود بمال إذا كان ذلك فى مواطن
مختلفة . وقال فى البراءة مثل هذا : إذا كانت مختلفة المواطن والتواريخ
لحكم بها كلها كما قال فى الأموال فى الصكك . وذكر الشيخ ما قدمنا وبالله
التوفيق .

692 قال : { ولو أن رجلاً أقر فقال : أنا قتلْتُ عبداً لفلان ، أو قال ابننا
لفلان ، وممناه ، أو لم يسمه ، ثم أقر بمثل ذلك مرة أخرى ، فقال الطالب :
قتل لى عبيد ، أو ابنين . فهذا إنما أقر بقتل عبد واحد وابن واحد ، إلا أن
يكون المطلوب قد سمى اسمين مختلفين } .

(٢) مزيد فى الأصل هنا : صحيح .

قال الشيخ : هذا لا خلاف بينهم فيه ، فلا فرق بين الموطن والمولدين ، ما لم يظهر منه ما يدل على القتلين . قال الشيخ : لأن هذا ليس بما يثبت فى النمة ، لأن الجنابة إنما تثبت فى الرقة ولا تثبت فى النمة . فإذا كان كذلك لا يجوز أن يثبت فى رقبته جماعات كثيرة . فقلت فى الذى يمنع ثبوته إذ قد اعترف بذلك ؟ وما الفرق بين ما يثبت فى النمة وبين ما يثبت فى الرقة فقال : هذا الذى عتدى وهو موضع مشكل يحتاج إلى الفرق بينهما .

693 باب الخصومة بين أهل النمة

ذكر فى أول الباب أحاديث مسندة ومقطوعة فى الحكم بين المسلمين وبين أهل النمة ، وأن النبى عليه السلام رجم يهوديين^(١) . والسلام فى هذه المسئلة قد مر فى كتاب النكاح . والذى نقصده فى هذا الموضع شرح وبيان ما لم يذكر فى كتاب النكاح وغيره من الأصول . // [ل ١٩٣ أ]

قال الخصاص : وإذا اختلف أهل النمة وتماكروا إلى قاض من قضاة المسلمين فيلزم أن يحكم بينهم . فإن كانت خصومتهم فى موارد حكم بينهم بأحكام المسلمين وألزمهم ذلك ، وأنفذ عليهم . وكذلك أشريتهم ويملحاتهم إلا بيع الخمر // [ف ١٦٣ أ] والخنازير فإنه لا يجوز ذلك بينهم .

قال الشيخ أيدى الله : أما الأشربة والبياعات فهما محمولين على أحكام المسلمين إلا فى الخمر والخنازير . والأصل فيه ما روى أن النبى عليه السلام كتب إلى أهل نجران وكانوا نصارى : أما أن يردوا الربا وإما أن يأذنوا بحرب من الله ورسوله^(٢) . فتمهم من الربا كما منع أهل الإسلام . فهذا

693 (١) أنظر صحيح مسلم ، حدود ، ٢٧

(٢) هذا الحديث لم يرد فى ولسنك ، ولا يذكره ابن سعد فى جملة ما ذكره من وفد نجران .

الأصل في هذا الباب . وقسنا عليه كل ما يتعلق بحكم البياعات والأشربة والإجازات ونحوها . فأما الخنازير والخمر فالأصل فيه مصلحة عمر بن الخطاب رضي الله عنه بحضور من الصحابة (٣) من غير تكبير (٢) على أنهم يخلعون والتصرف فيها . وقال حين نصب المَشَارَ وَلُومَ يَمِها وُخِذُوا العشر من أَمَانِها - يعنى من الخمر - ولا خلاف بين الناس في هذا اليوم فصار أصلاً في هذا .

694 قال : { وأما المناكحات فهم يُعَلِّقُونَ وأحكامهم ما لم يرتفعوا إلينا عند أبي حنيفة ومحمد . وعند أبي يوسف هم محمولون على أحكامنا } . ففرق أبو حنيفة ومحمد بين الأشربة والمناكحات . والذي يوجب الفرق بينهما عندهما ما لم يرتفعوا إلينا اتفاق الجميع على أن النكاح بينهم جائز بغير شهود ، وليس لأحد أن يعترض عليه بالنسخ ، وإن لم يجر بين المسلمين . فثبت بالاتفاق أن حكم المناكحات مفارق لحكم البياعات ، إذ قد ثبت في البياعات بما ذكرنا أنهم محمولون على أحكامنا ، وثبت بالاتفاق ما هنا في المناكحات أنهم غير محمولين على أحكامنا في النكاح بغير شهود . وأما أبو يوسف فإنه قال في النكاح بغير شهود أنه لا يعترض عليه بالنسخ لأن المسلمين قد [ل ١٩٣ ب] اختلفوا في كون الشهادة شرطاً في العقد أم لا . لجاز نكاحهم مع عدم الشهادة . والباقي من أحكام النكاح فهم محمولون على أحكامنا . وهذا الذي ذكرنا قبل أن يرتفعوا إلينا . فأما إذا ارتفعوا إلينا في النكاح فإنهم محمولون على أحكامنا عند أصحابنا جميعاً ما خلا النكاح بغير شهود ، والنكاح في عدة من زوج مسلم أو ذمی فإن أبا حنيفة قال : لا أفسخ النكاح عليهما في الوجهين جميعاً (١) وقال زُكْر : أفسخ النكاح في الوجهين جميعاً (٢) . وقال محمد : أفسخ النكاح في العدة ،

(٣) ساقط من ف .

694 (١) ساقط من ل .

ولا أفسخ بنير شهود . وأما في البياعات فالأمر على ما بينا قبل أن يرتفعا إلينا . وإنما كان حملهم على أحكامنا واجباً عند ارتفاحهم إلينا ما خلا النكاح^(١) ما ذكرنا من الاختلاف . ولم يكن [لنا]^(٢) حملهم على أحكامنا قبل ذلك لأن الله تعالى قال ﴿ فَإِنْ جَاؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾^(٣) . فشرط المجيء إلينا ، فلا يجوز له أن يعترض عليهم قبل ذلك . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى قوله تعالى ﴿ وَأِنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أُنْزِلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ ﴾^(٤) ، وقال : لم بشرط ما هنا المجيء فليبنى أن يحملهم على أحكامنا قبل المجيء بهذه الآية ، وبعد المجيء بتلك الآية . وهذا ليس كذلك عندنا ، لأنه قد روى في التفسير أن قوله تعالى ﴿ وَإِنْ جَاؤُوكَ ﴾ زلت بعد قوله ﴿ وَأِنْ أَحْكَمْ بَيْنَهُمْ ﴾ وإن كانت مقدمة في التلاوة . وإذا كان كذلك صار المجيء شرطاً في حملهم على أحكامنا // [ف ١٦٣ ب] وصار كأنه قال : فإن جأؤوك فاحكم بينهم بما أنزل الله . وقد استقصينا هذه المسئلة في مسائل الخلاف . وأما إذا ارتفع أحد الخصمين فإن أبا حنيفة قال : لا أحكم بينهما . وقال محمد : أحكم بينهما . وهو قول زفر ، ذكره الخصاص . أبو حنيفة مر^(٥) على ظاهر^(٦) الكتاب لأنه قال ﴿ فَإِنْ جَاؤُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ ﴾ ، ومحمد وزفر قالوا : لما جاء هذا لزم القاضي أن يحكم له بحكم الإسلام لأنه لا يجوز إبطال حقه لامتناع الآخر . هذا جملة ما يحتاج إليه في هذا الموضع .

٥٩٥ قال الخصاص : { ولو أن ذمياً تزوج ذمية في دار الإسلام بنير // [ل ١٩٤] شهود أو بنير مهر ، أو في عدة من ذمى كان النكاح جائزاً في قول أبي حنيفة . وإن أسلمنا كانا على النكاح . وإن غاصمت المرأة زوجها في ذلك

(٢) ساقط من ف . (٣) في الأصل : منا .

(٤) سورة المائدة ، ٤٢ : ٥ . (٥) سورة المائدة ، ٤٢ : ٥ .

(٦) كذا في ل . وفي ف ، ج : من . (٧) ساقط من ل .

إلى القاضي أقرهما على النكاح ولم يفرق بينهما { . وهذا بين على ما ذكرنا إلا أننا لم نذكر وجه قوله في جواز النكاح مع كونها معتدة .^(١) واليمنية في ذلك أن النكاح ليس من شرط صحته خلوه من العدة بدلالة أن المرأة^(٢) إذا كانت تحت زوج فوطئت بشبهة لم يبطل نكاحها لوجوب العدة عليها . ثبت أن خلو المرأة من العدة ليس شرطاً في بقاء النكاح . وكذلك ما هنا ، فلا يجوز أن يفسخ العقد الذي وقع في حال الكفر لكونها معتدة في حال العقد إذ العقد كان جائزاً بينهم مع العدة في حال التزويج . فلو أبطلناه أبطلناه لأجل العدة ، فلا يجوز أن نبطله . وكذلك النكاح بغير شهود لهذه العلة .

قال : { وقال زفر : إذا تزوجها وهي في عدة ، أو تزوجها بغير بينة فإن أسلماً فرقت بينهما ، وما دام^(٣) على دينهما لم أترض لها ، إلا أن يستعدي أحدهما على صاحبه ، فأفرق بينهما { . وقد قلنا مذهب محمد في التعريف إذا جاء أحدهما . أما النكاح بغير شهود فعند زفر لا يجوز بقاؤها عليه . ومر على القياس من حملهما على أحكام المسلمين إذا ارتفعوا إلينا . وقد بينا وجه قوله^(٤) وقول غيره فيما تقدم .

قال : { وإن تزوجها بغير مهر جعلت لها مهر مثلها . وكذلك الحرية يعني في قول زفر . وأما قول سائر أصحابنا فإن الحرية لا مهر لها إذا رضيت به . وأما الذمية فعلى الخلاف : في قول أبي حنيفة لا مهر لها ، وفي قول أبي يوسف ومحمد لها مهر المثل { . أما زفر فإنه مر على القياس وسوى بينهما في وجوب المهر ، لأن المهر من حق الله تعالى ، وهم مأخوذون بحقوق الله تعالى . إلا أنا لا نعترض عليهم في شيء ما لم يسلبوا أو يتراضوا بأحكامنا . فإذا تراضوا أو أسلبوا تجرى عليهم أحكامنا . فتوجب لهم جميعاً مهر المثل . فأما أبو حنيفة //

(٢) له : كانا .

698 (١) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ف .

[ل ١٩٤ بن] فتسوى بينهما في إسقاط المهر لأنهم غير مؤاخذين في حقوق الله تعالى إلا بعد الإسلام . وإذا كان كذلك فالتعقد وقع فيما بينهما صحيحاً . وبقاء المهر ليس شرطاً في صحة النكاح ، إنما هو شرط في انعقاد النكاح بدلالة نكاح المسلمين إذا وقع على تسمية المهر ثم أبرأت الزوج [منه] (٥) كان التعقد باقياً على الصحة . فبان لك أن صحة النكاح ليس من شرط صحة بقاء المهر ، وإنما احتيج ذلك المهر // [ف ١٦٤ أ] لانعقاد النكاح ، والنكاح قد انعقد فيما بينهما إذا كانا غير مؤاخذين بحقوق الله تعالى . فإذا أسلم لم يجب لواحد منهما المهر ، مثل المسلة إذا أبرأت الزوج من المهر . وأما أبو يوسف ومحمد فأوجبوا للزوجة مهر المثل لأن لها حكم من أحكام الإسلام ، إذ أهل [الزمة] (٥) محوكون على أحكامنا في سائر العقود ، فذلك يجعل لها مهر المثل ، والحرية ليس لها حكم في دار الإسلام فلا يجب لها شيء .

٥٨٨ قال : { ولو أن نصرانياً أدبني ، لم يهر ذلك وردّ دهاه } . وقد بينا ذلك فيما تقدم .

قال الشيخ أبيه الله في الفرق بين البيعات "والأشربة وبين النكاح أن الله تعالى قال { فإن جاؤوك فاحكم بينهم } ، فظاهر هذا أوجب ترك الاعتراض لهم فيما تصرفون فيه . إلا أن الآية قد دلّت على وجوب حلهم على أحكامنا في البيعات (٥) ، وهو ما كتب النبي عليه السلام إلى نضاري نهران وإما الزها وإما أن تأذنوا بحرب من الله ورسوله . فخصصنا البيعات والأشربة ونحوهما من جملة الظاهر ، وحصل الظاهر في المناكحات .

٥٨٧ قلن : { وكذلك لو طلق امرأته ثلاثاً ثم أقام عليها ، ثم خاصته ، لم يتركه على ذلك } .

(٥) في الأصل : الدية .

(٤) في الأصل : منها .

٥٨٨ (١) ساقط من ل .

قال الشيخ : وكذلك لو لم يرتفع إلينا أحدهما إلا أننا نقف على القصة فإنما تفرق بينهما لأن هذا زناه ، إذ ليس بينهما نكاح صحيح ولا فاسد ، فإن تزوجها بعد الثلاثة قبل أن تزوج زوجها لم نعرض لها بالفرقة ما لم يرتفعوا إلينا ، لأن هذا عقد نكاح وإن كان فاسداً .

698 قاله : { ولو أن ذميّاً ذني ضُرب الحدّ } ، وذلك لقوله [ل ١٩٥ أ] تعالى ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾^(١) ولم تفرّق بين الكافر وبين المسلم . وأيضاً فإن النبي عليه السلام رجم يهوديين ، وكان ذلك حد الزانيين فرجماهما بحكم التوراة ، وهو أول حد أقامه عليهم بدلالة قوله عليه السلام أنه قال : أنا أول من أحيا سنة أمّا قوماً^(٢) . فلو كان قد تقدم إقامة الحد قبل ذلك لم يكن ذلك أول سنة أحياها . وإذا كان ذلك أول حد أقامه ثبت وجوب إقامة حد الزنا لأن ذلك كان حد الزانيّين . ثم شرط في الرجم الإحصان . فلا يجوز أن يُرجم غير المحصن . والكافر ليس بمحصن ، فلم يجب الإحصان [ووجه]^(٣) إقامة الحد عليه واجب أن شرط الإحصان في الرجم لا يسقط الاستدلال بالخير في وجوب إقامة الحد ، إذا طرأ وجب إقامة الحد على كل زان . وظاهره بوجوب الرجم على المحصن وغير المحصن . ويكون حد الزاني لأن الدلالة قد دلت في وجوب الرجم أن الإحصان من شرائعه ، فشرطنا في الرجم وبقي حكم الحد في غير المحصن . والحد هو مائة جلدة في المحصنين ، فيلغى أن يقام عليه حد الزنا مائة سوط .

699 قال : { وكذلك حد السارق يقام عليهم كما يقام على المسلمين } ، وذلك

698 (١) سورة النور ، ٢٤ : ٢

(٢) مسند أحمد بن حنبل ، ج ٤ ، ص ٣٠٠ .

(٣) ل ١ ، ج : ووجد . وفي ف : ووجود .

لقوله تعالى : (والشارق والسارة فاقطعوا أيديهما)^(١) وهذا عام في جميع الناس ما لم يخصه دليل .

قال : { وأما السكر فإن أصحابه لا يرون في ذلك شيئاً ما خلا } [ف] ١٦٤
 ب [الحسن بن زياد فإنه قال : إذا سكر الذي من الخمر ضربته الحد . قال :
 { وليس هذا قول الحسن } ، وذلك أنهم غير ممنوعين من شرب الخمر مع عليهم
 بصنول السكر ، فلا يجوز أن يلزمهم الحد^(٢) كما لا يجوز أن يقيم الحد على
 شارب اللبن إذا سكر وشارب البنج والدواء إذا سكر . قيل : فالشارب للبنيذ ؟
 قال : ذلك ممنوع من الشرب الذي يسكر منه لأنه ليس علينا أن نعرض عليهم
 بالمتع } [ل] ١٩٥ ب [بالشرب وإن علنا سكرهم .

700 قال^(٣) : { وأما حد القذف فإنه يقام عليهم إذا قذفوا محصناً } لأن
 هذا حق بني آدم . ألا ترى أن المقتول له البراءة منه ؟ فإذا كان كذلك أخذوا
 به . وأما إذا قذف بعضهم بعضاً فإن الإمام يؤدبهم على ذلك كما يؤدب المسلم
 إذا قذف غير محصن .

701 باب القسمة وما ينبغي للقاضي أن يعمل

في قسامة وقسمتهم

قال : { حدثنا أبو سليمان عن محمد بن أبي يوسف عن الحسن بن عمار
 عن الحكم بن يحيى بن الحزّاز عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن عبداً لله
 ابن يحيى كان يقسم لعل بن أبي طالب الدور والأرضين يأخذ على ذلك أجراً .
 فهذا أصل في هذا الكتاب لأنه كان عقداً من إمام من أئمة المسلمين من غير

699 (١) سورة المائدة ، ٣٨ : ٣٨ . (٢) ساطع بن له .

700 (١) ساطع بن ف .

خلاف في وقته عليه، فصار حجة لقوله عليه السلام «ويعقد عليهم أولهم»^(١)،
ولقوله عليه السلام «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي»^(٢).
وأيضاً فإن القسمة عند القاضى بمنزلة الحكم، بدلالة أن القاضى يجبر المستع
منها عليها إذا أراد شريكه ذلك، فصار كالحكم الذى يلزم المطلوب، وإن أبى
ذلك. فإن كان كذلك وجب أن يكون للقسام أيضاً أجر، كما يكون للقاضى
أجر على وجه الكفاية. فإذا صح هذا قلنا: {إن القاضى يفتى أن يتخذ قسماً
من أهل الثقة والأمانة ويجعل أجرهم في بيت المال. وإن لم يمكنه ذلك -
يعنى أن يجعل له أجراً من بيت المال - فإنه يقول للذين يريدون القسمة:
استأجروه. فيكونون هم الذين [يفعلون]^(٣) ذلك، ويشارطونهم على عملهم،
لأنه يعمل لهم، فهم أول بذلك.

702 قال: {ولا يفتى القاضى أن يجبر الناس على أن يستأجروا قاسماً}.

قال الشيخ: لأن القاضى [أن]^(١) يمنع الناس من استأجار غير قاسمه.

قال: {فإذا اصطالحوا على قسمة غيره ولم يرتفعوا إلى القاضى} [١٩٦] أ
فذلك جائز عليهم كما يجوز سائر المصالحات، لأن هذا إنما يكون على وجه
القضاء إذا ارتفعوا إلى القاضى فامتنع بعض الشركاء من القسمة فأجبره القاضى
عليها. فأما إذا لم يرتفعوا إليه فهو صلح فيما بينهما، يجوز على ما تراضوا عليه.

703 قال: {فإذا كان فيهم رجل غائب أو صغير لم تجز القسمة على الإصلاح
بينهم} من قبل أن تصرفهم خير جائز على الصغير والغائب الكبير كما لا يجوز
بيعهم وشراؤهم على الكبير والصغير. كذلك القسمة.

701 (١) لم يرد هذا الحديث في ولسنك.

(٢) أنظر سنن الترمذى، علم، ١٦.

(٣) في الأصل: يكون.

702 (١) في الأصل: إذا.

قال : { إلا أن يكون القاضى يأمر بقسمتها ، فيجوز ذلك على الصغير
والغائب // [ف ١٦٥ أ] جميعاً } .

قال أيده الله : وهذا على وجهين : إن ادعوا أن ذلك الشيء الذى أرادوا
قسمته ورثوه عن الميت نظر القاضى فيه ، فإن كان^(١) غير العقار قسمه بينهم
بإقرار وينصب للصغير وصياً والغائب خصماً عنه حتى يأخذان نصيبهما إذا كان
الشيء فى أيدي الحاضرين . وهذا قولهم جميعاً . وإذا كان الشيء عقاراً فإن
أباً حنيفة لا يرى قسمته حتى يقيموا البيئة على موت الميت وميراثهم عنه . وعند
أبي يوسف ومحمد يقسم بينهما على ما قلنا فى الفصل الأول . فإن أقاموا البيئة
قسم بينهم "جميع المال على ما قلنا فى غير العقار . وأما إذا كان الشيء فى يدي
الغائب لم يقسم بينهم" فى قولهم جميعاً . وكذلك لو كان الحاضر رجلاً واحداً
لم يقسم بينهم فى قولهم ، عقاراً أو غيره . وكذلك لو كان نصيب الغائب فى
يدي رجل ودبعة لم يقسم ، عندهم جميعاً . وكذلك لو أن الشيء كان فى يدي
الغائب لم يقسمه ، وأما إذا كان من غير جهة الميراث فإنه يقسم بينهم بإقرارهم
العقار وغيره ، عندهم جميعاً حضوراً كباراً ، وإن كان فيهم صغير نصب له وصياً
ويقسم معهم أيضاً . وإن كان فيهم غائب لم يقسم بينهم فى قولهم جميعاً ، سواء
كان ذلك بإقرار أو بيئة .

أما مسألة الميراث فهى متقدمة . فأحد وجوها أن يكون الشيء فى أيديهم،
وكأنهم حضور كبار . فإن العقار لا يقسم عند أبي // [ل ١٩٦ ب] حنيفة بإقرارهم،
وغيرها تقسم . وعند أبي يوسف ومحمد تقسم جميعاً . والثانى أن يقيموا
البيئة على كونه ميراثاً عن الميت والشيء فى أيديهم أيضاً ، فإنه يقسم عندهم جميعاً .
والثالث أن يكون معهم غائب [أو صبي^(٢)] والشيء فى أيديهم ، فإنه ينصب

(٢) ساقط من ل

708 (١) مزيد فى ل هنا : صغيراً .

(٢) فى الأصل : لوصى .

للقائب خصماً والصبي وصياً يقسم معهم على ما قلنا في المستثنين من الخلفاء
عندهم ، وصار خصم القائب والرعي كواحد منهم في أخذ النصيب للقائب
ونصيب الصبي . والرابع أن يكون الشيء في يدى القائب أو بعضه في يدى آخر
مودعة لم يقسم في قولهم جميعاً . والخامس أن يكون الذى حضر رجل
واحد ، والقائب واحد أو اثنان ، فإن القاضى لا يقسم حتى يحضر القائب .
فهذه خمسة أوجه .

فأما الوجه الأول فإنما قال أبو حنيفة إن العقار لا يقسم وغيره يقسم
بأقاربه ، لأن القسمة حكم القاضى ، والتصرف من جهة في مال الغير ، وليس
للقاضى أن يحكم على الغير ولا يتصرف في ماله بقولهم . فإذا كان كذلك كان
القياس ألا يتصرف في العقار ولا في غيره ، إلا أن غير العقار إذا قسم يكون
أحفظ لمال الميت ، لأن كل واحد منهم ما أخذه يكون مضموناً عليه ، ومتى
ما ظهر دين على الميت أو سبب من الأسباب من جهة الوصية وغيرها يتبّع
أولئك بما أخذوه // [ف ١٦٥ ب] ولو لم يقسم أدى ذلك إلى التلف والهلاك .
فإذا كانت القسمة تكون أنفع للميت وأحفظ لماله قسم بينهم . وأما العقار
فإنه محفوظ بنفسه فلا معنى للقسمة ، ولا يجوز للقاضى أن يقسمه ويتصرف
في مال الميت بقولهم حتى يقيموا البيئة على كونه ميراثاً بينهم ، وهذا كما قالوا
جميعاً في التصرف على الوارث القائب أن له أن يبيع سوى العقار ، وليس له
أن يبيع العقار . وليس كبيعواهم البنى ، من غير جهة الميراث لأنه ليس ^(١) في
ذلك تصرف على الغير ، وإنما هو تصرف عليهم ، فيقسم بينهم إذا أقروا
جميعاً . وأما في قولهما فإن العقار إذا قسم أيضاً أحفظ ، لأن كل واحد منهم
يحفظه ويمسره ، فله أن يقسم العقار بينهم كما يقسم غيره ، فيكون ذلك تصرفاً
عليهم دون الميت ، لأن حق // [ل ١٦٧ أ] الميت باق كما كان . فإذا كان كذلك

جازت القسمة في العقار وغيره . ويكتب القاضي في السجل : إني قسيت بينهم بأقرارهم ، كيلا يتوهم غيره أن القسمة وقعت بينه ، فيكون حكا على الميت أيضاً .

وأما الوجه الثاني وهو إقامة البينة على كونه ميراثاً فإنه يقسم بينهم لأن للقاضي أن يحكم على الغير بالبينة ويتصرف في مال الغير إذا ثبت أنه ملك له ، وقد أثبتوا ذلك بالبينة .

والثالث أن يكون منهم غائب أو صبي ، لحكم القسمة على ما بيننا إلا أنه ينصب عنهما خصماً يأخذ نصيبهما لأن للقاضي أن يتصرف على الوارث الغائب ، ويكون ذلك تصرفاً على الميت دون الغائب في الحقيقة ، لأن القاضي [ليس له أن] يتصرف على الغائب إذا لم يكن المال من الميراث لأنه لا ولاية له عليه . وأما تصرفه على الميت لجأز ، فله أن ينصب عن الغائب خصماً وعن الصبي وصياً لتقع القسمة عليه .

وأما الوجه الرابع وهو أن يكون الشيء في يدى الغائب أو مودعاً ، أو بعض ذلك في يدى المودع فإنه لا يقسم بينهم ، لأنه في ذلك إزالة يد الغائب . وليس للقاضي أن يرذل يد الغائب عن مافى يده ، كما لا يجوز أن يحكم عليه ويرذل ملكه .

وأما الوجه الخامس فإن القسمة لا تصح إلا بين اثنين . فإذا لم يكن هناك إلا زجل واحد لم يقسم لأن الغائب ليس بخصم في الحال ، ولا يجوز أن ينصب عنه خصماً حتى يقسم مع الحاضر ، لأنه يحتاج أن يثبت الحاضر أولاً أنه خصم ، ولا يمكن للحاضر^(١) إثبات هذا إلا بحضور خصم غير القاضي .

(٥) لا يستقيم المضى بدون ما أجهته .

(٦) في الأصل : الحاضر .

فلذلك لا ينصب القاضى عن الغائب خصماً . وأما إذا كان الشيء من جهة الميراث وهم حضور جميعاً فإن القاضى إنما يقدم بينهم بإقرارهم ، لأنه حكم عليهم دون غيرهم . ويجوز أن يحكم عليهم بذلك . وإن كان فيهم صغير ينصب القاضى عنه وصياً لأن تصرف القاضى جائز على الوصى ، لجاز له أن ينصب له وصياً يخاضع عنه . وأما إذا كان معهم كبير غائب فلا يجوز القسمة لأن تصرفه على الغائب غير جائز ، كما لا يجوز الحكم عليه . وكذلك القسمة //

[ل ١٩٧ ب] لأن [ف ١٦٦ أ] القسمة فيها معنى الحكم .

مسئلة

704

{ وأجر القسامة على عدد الرؤوس دون الأنصبة عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد يكون الأجر على عدد الأنصبة } . لآبي حنيفة أن الأجر يستحق بدلاً من العمل ، والعمل وقع على وجه واحد لم جميعاً على التساوى ، لأنه يحتاج أن يميز النصيب اليسير من الكثير كما يحتاج إلى تمييز الكثير من اليسير ، فلا يقع العمل لأحدهم أكثر مما يقع للآخر . فيلغى أن يتساووا جميعاً فيما يلزمهم من الأجر . ألا ترى أن كراً^(١) حنطة لرجل وكر شعير لرجل آخر لو اختلعا فاستأجرا رجلاً يميز الحنطة من الشعير ، أن الأجر عليهما جميعاً على التساوى وإن كانت قيمة الحنطة أكثر . كذلك ما ذكرنا مثله لتساويهما فيما يقع لهما من العمل . وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما ذهبوا إلى أن لو جعلنا الأجر على التساوى لجاز أن الفضل^(٢) للأجر على النصيب ، فيلزم صاحب اليسير من الأجر أكثر مما يصيبه بالقسمة . وهذا ليس بشئ ، لأن رجلاً لو استأجر رجلاً أن ينقل له طيناً تساوى درهما بدرهمين كان جائزاً لأنه هو الذى استأجره . كذلك ما ذكرنا مثله .

{ وإن كانت دار في يدي رجلين فطلبنا القسمة وتراضيا ، وليس نصيب كل واحد منهما من ذلك ما يلتفع به ، فإن ذلك يُقسم بينهما على تراضيهما } . وهذا لا يكون حكما منه لأن القاضى لا يقسم على الضرر بهم جميعا ، كما لا يجوز أن يقسم لؤلؤة بينهم ، أو عبدا أو شاة بينهما فيجعله نصفين ويدفع إلى كل واحد منهما نصفه . كذلك هذا .

قال : { فإن طلب أحدهما وأبى الآخر لم يقسم بينهما } لما بينا في أنه لا يجبرهما على القسمة على وجه الضرر لم يتراضيا ، فإذا تراضيا يكون قسمة فيما بينهما ولا يكون قسمة على وجه الحكم .

قال : { وإن كان الضر يدخل إلى أحدهما لأن نصيبه قليل والآخر نصيبه كثير ، فطلب صاحب النصيب الكثير القسمة وأبى الآخر ، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالا : يقسم بينهما } من قبل أن الضرر لا يلحقهما وإنما يلحق صاحب اليسير لتغيير حق الغير^(١) من حقه ، وليس هذا في الحقيقة ضررا في ملكه وإنما [ل ١٩٨ أ] هو ضرر عليه في هذه الحال ، لأنه قبل هذا كان يلتفع بنصيب صاحب الكثير ، فلصاحب الكثير أن يمنعه من الانتفاع بنصيبه بالقسمة .

قال : { ولا يقسم الثياب المختلفة بعضها في بعض ، كما لا يقسم الحيوان بعضها في بعض } . ألا ترى أن المسلمين قد اجتمعوا أنه لا يقسم العبيد مع الدواب ، ولا الإبل مع الغنم ، ولا الغنم مع البقر ، ولا البقر مع الإبل ، وإنما

706 (١) مزيد في ل هنا : لأن ببل هذا .

يقسم كل صنف على حدة ؟ إذ حقيقة القسمة تميز الحقوق ، فيلغى أن يميز كل واحد منهم من كل جلس ، ولا يجعل حق بعضهم في جلس " وبعضهم // [ف ١٦٦ ب] في جلس " آخر .

فصل

707

قال : { وأبو حنيفة لا يرى قسمة الرقيق } لأن التفاوت بين بنى آدم كثير ، أكثر من التفاوت بين الغنم والبقر ، فلما منع من ذلك منع من هذا . { وأبو يوسف وعمر بنان القسمة لأنهم جلس واحد } .

قال الخصاص : وقال أبو حنيفة : لا أقسم اللؤلؤ والياقوت والجوهر لأن تفاوت ذلك كثير .

وأنكر الشيخ هذه الرواية وقال : يلغى أن يقسم لأن أهل المعرفة والخبرة يعرفون [قيمتها]^(١) فيقسم كل جلس على حدة كسائر الأموال .

708 { وقال أبو حنيفة في الدور المختلفة : لا يقسم بعضها في بعض ، ويقسم كل دار على حدة . وعند أبي يوسف وعمر : يقسم على ما هو أفضل لأدب الدور ، فإن كان الجمع أنفع بجمع ، وإن كان التفرقة أنفع ففرق على ما يرى الصواب } . وذلك أن الدور كالثياب المختلفة والدواب المختلفة . ألا ترى أن رجلا لو قال لامرأة : قد تزوجتك على دار ، لم يكن هذا تسمية ، كما لا يكون دابة من الدواب ، ولا ثوبا من الثياب تسمية ؟ كذلك هذا . على أن الدور تختلف كما تختلف الثياب والدواب ، فلا يجوز عند أبي حنيفة أن يقسم بعضها في بعض ، كما لا يجوز قسمة الثياب المختلفة بعضها في بعض ، وكذلك الدواب .

706 (١) ساقط من ل .

707 في الأصل : قيمتهم .

709 قال { وقال أبو حنيفة : يقسم الأرض والنياب ويُفصل بدراهم ، وينظر إلى صاحب الأوكس - أعنى الذى موضع نصيبه // [ل ١٩٨ ب] خسيس أقل قيمة من الآخر ، فيزيد صاحب النصيب الجيد على هذا دراهم حتى تساويه . وهو قول ابن أبى ليلى { . وتفسير هذا عندى أن يكون جريب أرض قيمته ألف وليس عليها بناء ، ^١ وجريب آخر قيمته ألف وخمس مائة وعليها بناء ، فإن قسما الآن على أن يكون لأحدهما ^٢ الأرض المبلية وللآخر البيضاء ، وقد قُومت البيضاء ، وهى ألف ، والآخرى ألف وخمس مائة وجب أن يدخل فى القسمة مأتان وخمسون درهماً ويضم مع الأرض ، ثم يفرع بينهما . فن أصاب الأرض البيضاء يأخذها ويأخذ مأتين وخمسين درهماً من صاحبه ، فيكون لكل واحد منهما ما قيمته ألف ومأتان وخمسون درهماً . وإن اقتسما على أن يكون لكل واحد منهما ^٣ من البناء والأرض جميعاً يجعل مقدّم البناء فى نصيب ومؤخره فى نصيب ، ثم يقسّم كل واحد منهما ^٤ ، فاهو أقل قيمة يضم إليه الدراهم على ما بينا . وإن شاء اقتسما على فضل الذراع ، إن كان قيمة المؤخر أقل ، فيزيد فيه عدد الذراع . وإن اقتسما على أن البناء لأحدهما والأرض لآخر فمثل هذا يُقدّم البناء بغير أرض ، وتقوم الأرضين بنير بناء ، ثم يضم إلى الناقص مقدار نصف ما فضل عليه . فإن كان الفضل أربع مائة يضم إلى الناقص مائة درهم إن كان الأرضون بينهما نصفين .

وقال أبو يوسف : بل أقوم الدار // [ف ١٦٧ أ] والبناء دراهم ثم أقسم الدراهم على الميراث ، وذلك مثل أن يكون دار بين رجلين [١٦٧] .

710 قال : { ولا أقسم شيئاً من الدور والأرضين والعقار حتى يُصور

709 (١) ساقط من ل .

(٢) ساقط من ل .

(٣) يأنى ل كل من ل ، ل ، ج .

ذلك ويُعرف ما جوارها ، ما كان من ذلك شارعاً على الطريق أو إلى دار أو إلى بيت^(١) . ثم يبين ذلك حتى لا يكون لأحد على أحد طريق ولا مسيل ماء . [و] يسوى ذلك على السهام [التي]^(٢) يريد أن يقسم عليها . فإذا قطعها على ذلك على أنه من خرج سهمه أولاً كان له موضع كذا والثاني يلى ذلك إلى موضع كذا ، وكذلك كل سهم يلى الآخر . فإذا علم أنه ليس يدخل عليهم في ذلك ضرر وأن طرقهم ومسيل مياههم ومرايقهم مستوية آتى للقاضى بالصورة فوضعها القاضى بين يديه ، وكتب رقاعاً باسم [كل] رجل وامرأة منهم ، وجعل كل رقعة منها في طين وبندقة وقال لهم : من خرج سهمه أولاً ، فله موضع كذا إلى موضع كذا ، ثم الثاني يلى ذلك إلى موضع كذا ، ثم الثالث يليه حتى يفرغ من السهام . ثم يطرح البنادق تحت شيء ، ثم يدخل [] ل ١٩٩ [] يده ، فيُخرج واحدة ، فينظر لمن هي ، فهي السهم الأول . وكذلك الثاني حتى يفرغ ثم يكتب القاضى كتاب القسمة على نسختين ، نسخة تكون معهم ، ونسخة تكون في ديوان القاضى . ويكتب في السجل أنه قسمها بينة إن كانت قامت عنده بينة ، أو بإقرار إن كانوا أقرؤا بذلك . وتفسير الأمر فيه على وجهه { .

711 باب دعوى بعض الورثة الغلط في القسمة

قال أبو بكر الخفاف : { وإذا قسمت الدار أو الأرض بين الورثة ، وأنكر بعضهم أن يكون استوفى نصيبه ؛ فشهد عليه^(١) قاسماً القاضى اللذان توليا القسمة بينهم أنه قد استوفى نصيبه ، فشهادتهما حاضرة عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد { .

قال شيخنا أيده الله : هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد^(٢) :

710 (١) ف : يثبت ولعلنا يثبت (٢) في الأصل : لا .

711 (١) ساقط من ل . (٢) ف : ومحمد .

شهادة القاسم وإن كانت على فعل نفسه فإن هذا الفعل من جهة الحكم فلا يمنع قبوله كما لا يمنع فعله^(٣) الحاكم في الحكم قبول قوله فيما يقضى . كذلك شهادة القاسم تجوز وإن كانت على فعلها^(٤) كان واقفاً على وجه الحكم . فقلتُ للشيخ^(٥) : وإذا كان كذلك فلم لا يقبل قول قاسم واحد كما يقبل قول القاضى وحده ؟ فقال : أنا لم أقل أن القاسم قاضٍ حتى يلزمى هذا ، وإنما قلت إن فعله من جهة الحكم فلا يمنع قبول قوله على فعله من جهة الشهادة . وأما محمد فإنه مر على القياس وقال : هذه الشهادة على فعل نفسه ، والشهادة للإنسان غير جائزة على فعل نفسه .

مسئلة

712

قال^(١) : { وإذا ادعى رجل منهم غلطاً في القسمة ، فقال لشريكه : أصابك ألف ذراع /// [ف ١٦٧ ب] " وأصابني ألف ذراع " ، فصار في يدك ألف ذراع ومائة ، وصار في يدي تسعمائة . فإذا ادعى /// [ل ١٩٩ ب] شيئاً مما في يد شريكك لم طائفة [منهم]^(٢) ، وقال الآخر : هذا حق ، لم يصدق المدعى على ذلك ولا تعاد القسمة } .

قال الشيخ : هذا على أن المدعى أقر بقبض نصيبه وأنه حصل بعد ذلك مائة ذراع من نصيبه في يد صاحبه ، فلا يصدق على هذا لأنه يدعى فسخ القسمة بعد حبتها . فأما إذا لم يقر بهذا وادعى أنه لم يقبض إلا تسعمائة ذراع ، وأقر الآخر أن في يده ألف ذراع فإنهما يتحالفان ويراد أن القسمة .

(١) ل : فعلها .

(٢) ل : يصد .

(٣) ساقط من ل .

(٤) ساقط من ل .

712 (٥) ساقط من ل .

(٦) ساقط من ف . ول ل ، ج : منه .

فصل

قال الخصاف : { ولو قال أحدهما : أصابني ألف ومائة ذراع ، وأصابك ألف ومائة ، وقال الآخر - يعني المدعى - : بل أصابك ألف ذراع وأصابني ألف ، فقُبضتُ أنا تسعمائة وقُبضتْ أنت ألف ذراع ومائة ، فإنهما يتحالفان ويترادان القسمة } . والمستلтан جميعاً من الأصل ^(١) . إلا أن الخصاف لم يذكر في النسخة التي قرأناها أن المدعى عليه قال : ما قبضت إلا ألف ذراع في المسئلة الأولى . وذكر محمد في الأصل ذلك ^(٢) . فإذا كان كذلك فهما صحيحتان ، لا تعاد القسمة في الأولى وتعاد في الثانية ، بهد أن يخلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه . وذلك لأن المدعى في المسئلة الأولى أقر بأن الدار قُسمت وأصاب كل واحد منهما ألف ذراع فقد اعترف بأن ألف ذراع حق صاحبه ، وادعى عليه زيادة مائة ، وأنكر صاحبه أن يكون قبضه تلك الزيادة ، فالقول قوله مع يمينه أنه لم يقبض غير الألف التي أقر بها المدعى . وأما في المسئلة الثانية فإن المدعى عليه قد اعترف بأنه قد قبض ألف ومائة ذراع ، وادعى أن المائة الزائدة استحقها بالقسمة ، وأنكر المدعى وقال : لم يستحق هذه المائة بالقسمة وإنما هي من نصيبى ، وأنه لم يسبك أكثر من ألف ذراع ، ولى ألف ذراع ، قبضت أنت ألفاً ومائة وأنا تسعمائة ، ولا يصدق المدعى عليه بأن المئة الزائدة قد استحقها بالقسمة . فيتحالفان ويترادان القسمة .

وبعد الباب مسائل القسمة بينها فكرهت لإحداثها [ل ٢٠٠ أ] وهي
مبذلة على أصليين إذا تصادقا على أصل القسمة والقبض فادعى أحدهما التلظ

713 (١) يعني كتاب الأصل لمحمد بن الحسن العبداني .

(٢) ساقط من ف .

لم يصدق عليه، ويحلف الآخر^(٣)، فإن نكل من اليمين لزمه دعوى صاحبه .
فإن حلف برى . والثاني : ادعى المدعى أنه لم يقبض نعيه كله وقد أقر
صاحبه بالزيادة وأدعى لنفسه تلك الزيادة ، فإنهما يتحالفان ويترادآن القسمة .

٧١٤ باب نكاح الصغير

ذكر في أول الباب أحاديث وأخباراً كثيرة على جواز النكاح للصغار^(١)
الأولياء . وقد بينا هذه المسئلة في تعليق // [ف ١٦٨ أ] كتاب النكاح .
وذكر في الباب مسائل النكاح إلا أننا نذكر ما قد زيد فيها لم يذكره محمد
في الأصل .

٧١٥ مسألة

{ قال أبو حنيفة : إن كان الأب ضمن المهر من الصغير في صحته وأداه
في صحته فهو مختلوع ، فإن أداه من ابنه في مرضه أو مات فأخذت المرأة ذلك
من مال الأب حسيب ذلك من ميراث الصغير . وقال زُفر في " الوجوه
كلها " : لا يرجع في مال الإبن بشيء . وأما سائر أصحابنا فإثماً قالوا : إن الأب
لا يرجع عليه إذا أداه في صحته ولم يُشهد : إني أؤدى عنه هل أن أدجع
في ماله ؛ لأن الأب قد تبرع بماله نفسه على الأولاد . ألا ترى أنه يجهر لهم
ويعطهم المال إذا أسكنهم في منازلهم ؟ فإذا كان كذلك لم يكن له الرجوع ،
إذ الظاهر أنه متبرع . وليس الأب في هذا كالوصي — أن له الرجوع في مال
الصغير — لأن الظاهر من أمور الناس أن الوصي لا يتبرع بماله على الأيتام
ولأنما يتصرف في أمواله ويقوم عنهم^(٢) ليرجع في أموالهم . فلذلك وجب له

(٣) ل : عليه .

٧١٤ (١) في الأصل : الصغار .

٧١٥ (١) ل : الدعوة .

(٢) كذا في الأصل ، والمضى : يقول عليهم .

الرجوع وإن لم يُشهد . ولم يذكر الخصاص مسألة الإشهاد في الأب ،
وهي مسطورة في النكاح أن للأب أن يرجع في مال الصغير إذا أشهد على ذلك
لأنه قد بَيَّن أنه لم يتبرع عليه بماله وإنما أداه عنه ، فصار // [ل ٢٠٠ ب]
مثل الوصى . وأما إذا أداه في مرضه أو أخذ من ماله بعد موته فإنه يكون
من مال العبي لأن [في] ذلك المرض لا يصح للأب أن يتبرع على الصغير
دون غيره لأن حق الورثة يثبت في ماله بالمرض ، وتبرعه للوارث لا يجوز
في تلك الحال كما لا يجوز وصيته له . فلذلك وجب أن يكون ذلك من مال
الصغير وإن كان للراة أخذ من مال الأب لأنه ضمن عنها ، لحقه ثابت عليه .
وأما زفر فإنه ذهب في الوجوه كلها إلى أن الأب قد ضمن عنه للراة في حال
الصحة على وجه التبرع ، فصار كالاجنبي إذا ضمن عن غيره مالا في الصحة ثم
مرض أو مات ، أو كان أداه في حال الصحة ، إن الدين المضمون يؤخذ من
مال الكفيل في الوجوه كلها ولا يرجع على المضمون عنه بشئ . كذلك
ها هنا مثله ، ولا ضمان على العبي في ذلك لأن الدين أخذ من مال الأب لحق
ثبت عليه في حال الصحة ، فصار كسائر الديون عليه في الصحة .

فصل

716

قال (١) : وخيار بلوغ الصغير غير مقصور على المجلس لأنه ليس بخيار
التملك ، وإنما هو خيار في إجازة العقد على نفسه وإبطاله . فصار بمنزلة من
رُوج له امرأة ، إنه يكون على خياره في الجواز والإبطال متى شاء . وخيار
الصغيرة إذا بلغت ، وهي ثيب ، مثل هذا للعة التي ذكرناها . فإذا كانت بكرأ
فلها حال التي علمت بالنكاح : فإن سكنت فلا خيار (٢) لها بعد // [ف ١٦٨ ب]
ذلك ، بمنزلة البكر البالغ إذا أخبرت بأنها رُوجت فسكنت . ولا يشبه خيار (٣)

لبلوغ خيار المعتق الجارية وخيار المملوك أمرها في الطلاق ، لأن هذين خيار التمليك ، مقصوران على المجلس كالقبول للبيع والشراء .

717 قال : { وإن اختلفت المرأة والزوج بعدما بلغت فقالت : قد اخترت الفرقة حين أدركت ، وقال الزوج : كذبت ، فالقول قول الزوج عندهم جميعاً } ، من قبل أن العقد صحيح في الأصل . لو مات قبل اختيار الفرقة يتوارثان . فإذا كان كذلك فالظاهر أن العقد غير منسوخ حتى يوجب الخيار للفرقة من المرأة ، فلا يعلم وجود الخيار منها ، فالظاهر مع الزوج ، فالقول قوله . وليس هذا كدعوى الزوج على البكر أنها قد سكنت ، وأنكرت || [ل ٣٠١ أ] فذلك ، فإن القول قولها عند أصحابنا جميعاً غير زفر ، فإنه قال : القول قول الزوج لأن الظاهر " معه إذا لم يعلم أنها قالت : لا أرضاه . وأما وجه ستر أصحابنا فإن الظاهر " مع المرأة لأن الأصل أن البضع لم يملك عليها . فلما اختلفا فقال الزوج : قد ملكك بضعك " (١) لأنك سكت عن النكاح . وقالت هي : لم يملكك على بضعي لأنني لم أرض ، كان القول قولها أنه لم يملك الزوج بضعها ، إذ الأصل أنه غير مالك لبضعها .

718 قال : { ولو أدركت فقالت : لا أرضى بهذا النكاح ، وقد اخترت الفرقة ، فكلّمها في ذلك ، فرضت به " فالنكاح جائز ولم تقع الفرقة بقولها الأول : قد اخترت الفرقة ولا أرضى } . فلا يشبه هذا قول البكر إذا زوجت فقالت : لا أرضى ، ثم قالت بعد ذلك [(٢)] إن العقد ينفسخ بقولها : لا أرضى ، وذلك أن العقد في مسئلتنا صحيح في الأصل كما بينا ، والبلوغ أوجب لها خياراً في النسخ بعد صحة العقد ، فصار بمنزلة العيب الحادث

(٢) ل : بضعك .

717 (١) ساقط من ل .

718 (١) ساقط من ل .

(٢) فاقص هنا بعض الكلمات من النص لأن المعنى غير مستقيم .

في المبيع بعد القبض : إن له أن يفسخ البيع لأجل العيب ، وبمؤلة خيار امرأة العتین في فسخ النكاح . كل هؤلاء إذا قالوا : قد فسخنا العقد ، ثم قالوا بعد ذلك : قد رضينا ، لهم العقد وليس لهم فسخه بعد ذلك . وقولهم الأول لا يوجب فسخ العقد لأن الفسخ ما هنا إلى القاضي والرضا بالعقد إليهم . فإذا اختاروا فسخ العقد لم يفسخ بقولهم إذ الفسخ إلى القاضي . وإذا اختاروا الإمضاء نفذ عليهم لأن الإمضاء إليهم . ألا ترى أن المشتري لو قال ابتداء^(٣) : قد رضيت بهذا العيب ، لم يكن له خيار في الرد بعد ذلك ؟ فلو قال : لا أرضى به ورددت البيع ، لم يفسخ حتى يرضى البائع به أو يحكم الحاكم به . فبان بهذا أن الفسخ ليس إليه ، وإنما هو إلى الحاكم والمعقود له ، والرضا به إليه . كذلك في مسئلتنا . ومثله^(٤) العتین مثل هذا . الفسخ ليس إلى المرأة والرضا بالنكاح إليها ، فإذا رضيت بالنكاح جاز عليها^(٥) لأنها تملك . وإذا اختارت الفرقة لم^(٦) [ف ١٦٩ أ] تقع الفرقة لأنها لا تملك الفرقة [ل ٢٠١ ب] ، فيجوز رضاها بالنكاح بعد ذلك . وهذا كما قالوا في الشفع : إن تسليم الشفعة إليه ، وهو يملكه ، وأخذ الدار واستحقاقها إلى غيره ولا يملكها هو . فإذا قال : قد سلمت الشفعة ، وقع ونفذ عليه ، وإذا قال : قد أخذت الدار بالشفعة ، لم يملكها بذلك ، ويجوز تسليم الشفعة بعد ذلك . والعملة في هذا كله واحدة وهي أن الإنسان يجوز تصرفه فيما يملكه ولا يجوز فيما لا يملكه . فإمكان الإمضاء أو الفسخ إليه فهو مالكة ، وجاز عليه بقوله ، وما لم يكن إليه من الفسخ والإمضاء ، فإنه غير مالكة فلا ينفذ بقوله . وأما البكر فإنها تملك الفسخ لأن البضع لم يملك عليها ، فصار بمؤلة المشتري إذا قال : اشتريت عبد زيد وقال حر : قد تمت منك ، ثم بلغ زيدا ذلك ، فإن قال : أجزت ، جاز ، وإن قال : أبطلت ، بطل ، لأنه هو المالك للإجارة والفسخ جميعاً إذ العقد لم يملك عليه . كذلك البضع لم يملك على البكر ، فالإجارة والبطلان إليها

(٤) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ل .

دون غيرها . وفي مسائلنا الملك في البضع قد وقع للزوج . وكذلك في البيع العقد قد وقع ، وملك البائع الثمن . وكذلك الشفعة ، ملك الدار قد حصل للشترى فليس للذى له الخيار في شيء من هذا ففسخ الملك الواقع إلا برضا المالك أو بفسخ القاضى ، وله أن يبطل حق نفسه ، بأن يرضى بحصول الملك للمالك .

قال : { فإن أرادت يمين الزوج على ذلك فلها أن تستحلفه على دعواها } لأن المرأة تدعى الفرة باختيارها ، والزوج ينكر ذلك ، والفرقة يجوز بهذا من جهة الزوج ، فجاز أن يحلف عليها عندهم جميعاً . فيحلف على عله : بالله ما يعلم أن المرأة قد اختارت الفرقة . فإن حلف برىء وإن نكل عن اليمين حكم عليه بالفرقة .

719 باب المطالبة بمهر المرأة وطلب الزوج امرأته

وكيف الحكم فيه // [١٢٠٢]

قال أبو بكر الخصاص : { قال أصحابنا : للأب أن يطالب بمهر بنته وإن كانت كبيرة إذا كانت بكرًا } ، ذلك لأن للبكر خصوصية في هذا ما ليس للثيب بدلالة أن سكوتها يكون رضا بالسكاح وإن لم يكن ذلك للثيب لأنها تستحي ، فكذا في المهر ، البكر تستحي أن تطالب الزوج بمهرها ، ولا تكاد تبرز للمطالبة والخصومة ، فيبغى أن يقوم الأب مقامها في ذلك . وليس لغير الأب من الأولياء ، هذا الحق لأن هنا تصرف عليها في مالها ، وليس لأحد من الأولياء ، تصرف في مالها في حال الصغر . فكذا في حال الكبر لا يثبت لهم حق التصرف إلا من جهتها . وأما الأب فكان له أن يتصرف في مالها في حال الصغر فاستحسنوا في جواز قبض مهرها وإن لم يكن له التصرف في مالها في حال الكبر لأنها متعلقة بالسكاح ، فلم تتصرف هي بنفسها تكون

ولاية الأب فيه باقية . وليست هذه كالتيب لأن التيب تنصرف بنفسها فتزول ولاية الأب عنها في قبض المهر ، وإن كان ذلك // [ف ١٦٩ ب] متعلقاً بالنكاح . وولايتة في النكاح باقية . وأيضاً فإنهم اتفقوا أن للأب قبض مهرها في حال الصغر إذا كانت بكرأ - والمعنى فيه : كونها بكرأ - وهذا المعنى موجود في حال الكبر فيلبنى أن يكون لها قبض مهرها .

فإن قيل : العلة فيه كونها غير بالغة ، قيل له : هذه العلة ^(١) لا تدفع علتنا ، لأنها موجبة أيضاً ، فنقول بالعلةين جميعاً في حال الصغر ، وقلنا بأحدهما في حال الكبر .

720 قال : { ولو أن رجلاً قدم رجلاً إلى القاضي فقال : إني زوجت هذا لأبني على صداق كذا وكذا بأمرها وهي بكر ، وأنا أريد صداقها . فإن أقر الزوج بالتزوج وبالمهر وقال : لم أدخل بها ، أمره القاضي بدفع المهر إليه } ، وذلك أن ملك الزوج في منافع بعضها قد تعين بالعقد ، فيلبنى أن يتعين ملك المرأة في مهرها أيضاً ، ولا يتعين الملك في المهر إذا كان في الذمة إلا بالقبض ، فيلبنى أن يكون تسليم المهر متقدماً // [ل ٢٠٢ ب] على تسليم المرأة نفسها . { فإن قال الزوج : فشر الأب أن يقبض المهر مني ويسلم الجارية لي ، قال له القاضي : لا يقبض المهر ويسلم الجارية إليه . فإن قال الأب : ليس على دفعها إليه ، يطلبها حينئذ حيث هي ، قال القاضي : إن المهر الذي تريد أخذه هو ثمن بعضها ^(٢) ، فعليها إذا كانت كبيرة أن تسلم نفسها إلى الزوج إذا قبضت المهر . فأما أنت أيها الأب فإن كانت ^(٣) في منزلك فعليك تسليمها إليه إذا قبضت لها المهر . } وذلك أن المهر بدل البضع ، فإذا أخذ هذا المهر وجب تسليم بعضها

719 (١) ساقط من ف .

(٢) ساقط من ل .

720 (١) ل : بعضها .

إليه إن كان يقدر على ذلك ، كالبيع إذا قبض البائع الثمن وجب عليه تسليم المبيع إلى المشتري إن كان يقدر عليه . فإن لم يقدر على ذلك بأن لا تكون في يدها ، سلم المهر إليه وتوثق منه بكفيل . ويخالف هذا الوجه البيع . وعند أبي يوسف : هذا والبيع سواء ولا يستحق الأب قبض مهرها إلا أن تكون الإبنة بحال يُقدر على تسليمها ، بأن تكون حاضرة ، كما قالوا في البيع . فأما وجه الفرق بينها لسائر أصحابنا فهو أن الثمن يسقط عن المشتري بهلاك المبيع قبل القبض . فإذا كان كذلك لم يؤمر بتسليم الثمن إلى البائع ما لم يكن المبيع حاضراً من حيث يقدر على تسليمه إلى المشتري لأنه قد يجوز أن يهلك المبيع فيسقط الثمن فلا يستحق البائع قبضه . وهذا المعنى غير موجود في مسئلتنا لأن هلاك المرأة وموتها لا يوجب بطلان المهر ، بل يتأكدها ، فيلغى أن يتمتع الزوج من تسليم مهرها ، ولكنه يسلم المهر إلى الأب إذا كانت بكرًا ويستوثق منه بكفيل ضمن له ما قبض الأب حتى ولو امتنعت المرأة من تسليم نفسها إليه يرجع على الكفيل بذلك إذا لم يقدر على الأب .

قال القاضي أبو سعيد العباد أباي^(١) : إن امتنع الأب من التسليم —
 (١) أعني تسليم^(٢) الإبنة إلى الزوج ، أو تعذر عليه التسليم فإنه يسترجع المهر من الزوج ، فإن قال الأب : هي في منزلي ، وأنا أسلمها إليك قال // [ل ٢٠٣ أ]
 القاضي للزوج : [دفع إليه المهر . فإن قال الزوج : إن هذا يأخذ المهر مني ويدفعني^(٣) عنها ولا يسلمها إلى فلتوثق من المهر ، فإن القاضي // [ف ١٧٠]
 يأمر أن يوثق الزوج من المهر^(٤) بكفيل إلى أن تسلم إليه ، ويأمر الزوج بدفع المهر إليه على التوثق منه على ما بينا .

(٢) لم ير له ذكر في الجوامع المشتهة ولا السماعات ، ولا الكنوى ، ولا ابن بطوننا .

(٣) ساقط من ل .

(٤) ساقط من ل .

721 قال : { فإن كان الأب لما قدم الزوج إلى قاضي الكوفة والخصومة بينهما على ما وصفنا^(١) ، فقال الأب : ابني بالبصرة وثم^(٢) [كان^(٣)] عقده النكاح ، أو كانت بالكوفة وانتقلت إلى البصرة ، فأنا أسلمها إليه بالبصرة ، فإن الأب لا يجبر على حملها إلى الكوفة ، ولكن يقال للزوج : ادفع المهر إلى الأب وتوثق منه بكفيل عما تدفع إليه ، على أنه إذا [سلم^(٤)] إليك ابنته بالبصرة برىء هو وكفيله ، واخرج أيها الزوج حتى تسلمها هناك } . وذلك أن حال المقدليس له اعتبار في هذا الباب سواء بالكوفة أو بالبصرة فهو سواء . وعلى الأب تسليم المرأة إلى الزوج في الموضع الذي فيه المرأة وقت الخصومة . كما لا اعتبار [لحال العقد^(٥)] في المبيع . ألا ترى أن عقد البيع لو كان ينفذ والمبيع بخراسان لم يكن على البائع حمله إلى بغداد وتسليمه إن المشتري . كذلك ها هنا . ولكن يسلمه في الموضع الذي فيه المبيع وقت الخصومة . كذلك النكاح مثله . وليس هذا كالعبد إذا باعه مولاه وهو حاضر ثم أبى ، إنه لا يجب على المشتري أن يمر إلى الموضع الذي فيه العبد ويسلمه هناك ، ولكن له الخيار بين أن يترك نقد الثمن ولا يفسخ العقد إلى أن يمضى العبد ، وبين أن يفسخ البيع من قبل أن هناك المبيع يسقط عن الثمن ، فلا يؤمر بتسليم الثمن لما بيننا . وإذا لم يجب عليه تسليم الثمن فلا يطالب به ، [و] لم يصحج إلى المرور بطلب المبيع . وها هنا الزوج مطالب بتسليم المهر وإن لم يحضر المرأة لما بيننا . فإذا كان كذلك لم يجز أن يطالب الأب بحمل المرأة كما لا يطالب البائع برد العبد الآبق إلى المشتري لم يكن [بد^(٦)] للزوج أن يمر بطلب المرأة ويسلمها هناك . وأيضاً فإن تعدد تسليم المبيع على البائع يحدث للمشتري الخيار وفسخ

(٢) في الأصل : كانت .

721 (١) ساقط من ل .

(٣) في الأصل : لم يسلم . والمعنى يطلب ما أختاره .

(٤) في الأصل : عقد . والمعنى يطلب ما أختاره .

(٥) في الأصل : الي .

العقد، وإسقاط الثمن عن نفسه . وتعذر // [ل ٢٠٣ ب] تسليم الجارية إلى الزوج لا يحدث للزوج الخيار في فسخ العقد وإسقاط الثمن عنه بدلالة أنها لو مرضت مرضاً لا تستطيع معه التسليم لم يكن للزوج الخيار في فسخ العقد، وإن كان ذلك في البيع كان له فسخ البيع . فإذا كان كذلك قلنا في مسئلتنا أيضاً : للشترى الخيار في فسخ البيع وإمضاءه . فإن فسخه كان له ذلك، وإن أمضاه ورضى بذلك كان له الخيار إن شاء مرّ بطلب الغلام، وإن شاء ترك إلى أن يرجع إذا لم تقع عليه مطالبة الثمن في الحال . وأما في النكاح، ما لم يكن له الخيار في فسخ العقد وإسقاط المهر عن نفسه كان^(١) حكمه بعد غيبة المرأة حكمه قبل غيبتها، فلا يجب للزوج الخيار، وهو مطالب بالمهر في الحال وليس على الأب حملها إليه كما بينا، فلا بد له من المرور وطلبها وقبضها هناك.

722 قال: { فإن قال الزوج : لا يمكنني الخروج ولكن أوجه وكيلًا يحوّلها إلى منزلي بالبصرة، فذلك له [إن^(١)] كان الوكيل محرماً لها، وإن كان غير محرّم لم تؤمر^(٢) بالخروج معه { انتهى النبي عليه // [ف ١٧٠ ب] السلام . لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام إلا مع محرّم أو زوج^(٣) .

723 قال: { وإن كانت المرأة وكلت وكيلًا بمطالبة الزوج بمهرها وهي بكر في منزلها، كان الأمر في ذلك على ما وصفت لك في الأب {، وذلك لأن الأب يقوم مقام الموكل . والأب أيضاً كالوكيل لها في ذلك، لحكم هذا الوكيل وحكم الأب في ذلك سواء . { وإن كانت ثيباً فالمطالبة بالمهر لها دون الأب، إلا أن توكل بذلك {، لأن المعنى الذي ذكرنا في البكر غير موجود

(٦) ل : فإن .

(٢) ل : يوم .

722 (١) في الأصل : ولد .

(٢) صحيح مسلم ، حج ، ٤١٣ لا تسافر المرأة ثلاثاً ولا معها ذو محرّم .

ها هنا . ألا ترى أن سكوتها لا يكون رضا وإنما لا تمتنع من مبارزة الزوج بالخصومة والمطالبة بالمهر في العادة ؟ فلا حق للأب في ذلك إلا أن توكله . فإن غشيتها الزوج ثم أرادت أن تمتنع منه حتى تقبض مهرها فإن أبا حنيفة قال : لها ذلك . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا كان قد دخل بها برضا فليس لها أن تمتنع من المصير إليه ولكنها تجبر على أن تصير إليه وتطالبه بمهرها بعد ذلك // [ل ١٧٠٤] .

لأبي حنيفة أن المهر بدل عن كل وطء وتسلم يوجد في النكاح ، بدلالة أنه لو كان بدلا من الوطء الأول لكان الوطء الذي يقع بعده بغير بدل ، وليس يجوز استباحة البضع بغير بدل ، فدل هذا على أن كل وطء يقع في النكاح فهو بدل عن المهر . فإذا كان كذلك ، لما أن تمتنع من الوطء الثاني والثالث وغير ذلك حتى تقبض المهر كما كان لها الامتناع من الوطء الأول بالاتفاق حتى تقبض المهر . فالعنى الجامع بينهما كون الوطء الذي امتنعت منه بدلا من المهر ، وإن شئت قلت : كون التسليم الذي امتنعت منه بدلا من المهر كيلا يقول القائل : إن المهر هو بدل من التسليم ، [والتسليم] قد وجد . فنقول إن التسليم حكم الأول ، فكما كان لها الامتناع من التسليم لتقبض المهر ، كذلك كل تسليم في النكاح فهو مثله ، لكونه بدلا من المهر . فإن قيل : فهذه العلة توجب أن للزوج أن يمتنع من تسليم مهرها كله إليها حتى تستوفي البذل كله ، إذ كل وطء وتسليم يقع في النكاح فهو بدل للمهر الذي وجب في العقد ، كما قالوا في الإجارة : إن المؤاجر لا يستحق الأجرة كلها على المستأجر حتى يستوفي المنافع المستحقة بالعقد ، وإنما 'يستحق' عليه مقدار ما قد استوفى المستأجر من المنافع ، قيل له : هذا السؤال ^(١) ساقط الاعتبار ^(٢) لأن المسلمين بأجمعهم يقولون : إن للمرأة مطالبة الزوج بالمهر قبل تسليم نفسها

إليه . وإن كان التسليم الأول الذى هو بدل المهر لا محالة لم يوجد^(٢) ،
فكذلك حكم التسليم الثانى والثالث إلى أن ينقضى النكاح . وإن كان بدلا من
المهر فإن لها أن تمتنع منه حتى تستوفى المهر .

وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما ذهبا إلى أن المرأة إذا مكثت الزوج من
وطئها مرة صارت بمنزلة البائع إذا سلم المبيع إلى المشتري ، فليس له أن يسترده
إلى يده حتى يقبض الثمن . والجواب // [ل ٢٠ ب] عن هذا لأبي حنيفة أن
الثمن هو بدل المبيع وليس هو بدل عن التسليم وإن لم يستحق البائع قبض الثمن
إذا تعذر عليه تسليم المبيع . فإذا كان الثمن بدلا عن المبيع ، والمبيع لا يقضى
أكثر // [ف ١٧١ أ] من تسليم واحد ، وما بعد ذلك من التسليم وغيره يحدث
على ملكه ، بدلالة أن له أن يملك منافع البيع [و] غيره بالبدل ، وأن الأئمة
المبيعة لو وطئت بالشبهة بعد القبض يكون المهر له ، ثبت أن المنافع التى تحدث
بعد القبض تحدث على ملك المشتري ، وأنه لم يقبض هناك تسليم آخر من
البائع . فإذا وجد التسليم الأول لم يجوز له أن يسترد المبيع إلى يده ليقبض
الثمن ، إذ التسليم الذى يحدث بعده ليس هو بدل عن الثمن . وأما المهر فليس
كذلك لأن كل تسليم يقع فى النكاح فهو بدل من المهر لما بينا . ولأنه لو كانت
تلك المنافع التى تحدث بعد الوطء الأول تحدث على ملكه ، لكان بدل منافع
البضع له كما كان فى الجارية المشتراة بعض القبض . فكان يجب أن المرأة لو وطئت
بالشبهة يكون المهر له دون المرأة . وفى اجتماعنا على أن المهر الذى يجب بالوطء
على وجه الشبهة يكون للبرأة دليل على أن الزوج لا يملك منافع بعضها لإحالة
الحالا ، وإنما هى المالكه لبعضها . فإذا لم يملك بعضها لم يجوز استباحته بغير بدل .
فيجب أن يكون المهر الموجب بالعقد هو بدل لكل^(٣) وطء يقع فى النكاح
وكل تسليم يوجد فيه . ولا يكون لإباحة البضع بغير بدل . وهذا قد ثبت بطلانه .

(٢) ل ، ج : يؤخذ .

(٣) ل : فكل .

وإذا كان كذلك ثبت أن كل تسليم أو وطء يحدث في النكاح فهو بدل المهر الموجب بالعقد ، فيجوز مجرى البيع نفسه قبل القبض في امتناع المرأة منه حتى قبض المهر ، إذ هو بدل المهر كما كان المبيع بدلا من الثمن ، وكان التسليم الأول بدلا من المهر . مجرى النكاح مجرى الإجارة في باب أن المهر بدل من كل تسليم ووطء يقع في النكاح ، كما أن الإجارة^(١) المسماة بدل عن تسليم يقع في عقد الإجارة . وغالب الإجارة من وجه في أن الأجرة^(٢) لا تستحق إلا باستيفاء المنافع ، والمهر يستحق بنفس العقد . وأجراء مجرى البيع في هذه الجهة إذ المهر مستحق بعقد // [ل ١٠٥] النكاح . فإذا كان النكاح قد أخذ الشبهة من البيع والإجارة جميعاً على ما بينا وجب أن يلحقه حكم البيع في باب استحقاق المهر بالعقد لإجماع الناس عليه ، ويلحقه في الإجارة في باب أن المهر بدل عن كل تسليم ووطء يقع في النكاح ، كما أن الأجرة بدل من كل تسليم يقع في عقد الإجارة بدلالة التي ذكرناها . فإذا كان كذلك فللمرأة أن تمتنع من تسليم نفسها في كل مرة حتى تستوفي المهر .

724 قال : { وإن طالب الزوج الأب بالمهر وقال : ابنتي بكر في منزلي ، وقال الزوج : قد دخلت بها ، فالقول قول الأب } من وجهين ، أحدهما أن الأب قد ثبت له حق قبض المهر فلا يطل ذلك بقول الزوج لأنه قد دخل بها بالجماع حتى يثبت ذلك بصحة ، لأن قوله غير مقبول على الغير . مثل رجل ثبت لغيره عليه دين فادعى إسقاط حق القبض عن نفسه لم يصدق إلا بصحة . كذلك^(١) هذا . والوجه الثاني أن الأصل البسكرة حتى يثبت الدخول . فإذا كان كذلك فالظاهر مع الآخر . فيلغى أن يكون القول قوله لأنه هو المدعى عليه في زوال بكارة الابنة .

(٤) ساقط من ل .

724 (١) ل : بذلك .

قال (٢١) : { فان قال الزوج للقاضي : حلف الأب : بالله ما يعلم // } ف
 ١٧١ ب [أنى دخلت بها ، فلا يمين على الأب في ذلك { ، من قبل أن الأب
 لو أقر بالدخول لم يقبل قوله على الابنة في صحة الدخول ، وإن لم يكن له
 حق القبض لأن إقراره بطلاته . فإذا كان قوله غير مقبول في صحة الدخول ،
 فلا يحلف على ما يجوز إقراره . فان قيل : فهلا يحلف على ذلك لأن نكوله
 يسقط حق قبضه للهر ، كما يسقط الإقرار بالدخول ، قيل له : إن الإقرار
 بالدخول وإن أسقط حق القبض له ، فان اليمين لا تجب فيما لا يجوز لإقراره
 وإن كان إقراره يسقط حقه . ألا ترى أن الوكيل برد المبيع بالعيب لو أقر أن
 المشتري قد رضى بالعيب لم يكن له حق الرد وقبض [الثن] (٢٢) ، ومع
 ذلك لو أراد الباع أن يحلفه : بالله ما يعلم أن المشتري قد رضى بالعيب ، لم
 يكن له أن يحلفه لأن إقراره غير جائز // [ل ٢٠٥ ب] على المشتري ؟
 فلا يحلف على ما لا يجوز إقراره . وكذلك الوصي لا يحلف على ما يدعى
 على الميت من الرضا بالعيب والبراءة من الدين لأن إقراره عليه غير جائز .
 ولو أقر به لم يكن له المطالبة بذلك . فقد بان لك أن الإقرار ليس يجرى
 النكول في هذا الباب .

{ فان قال الزوج للقاضي : فسر الأب بإحضار الجارية حتى أسألهما عما
 أقول من دخولي بها ، فإن كانت ممن تفرج أمره بإحضارها حتى يسألهما عن
 دعوى الزوج . فإن أقرت بالدخول شهد عليها الشاهدان بذلك وجبرها الحاكم
 إلى المصير إلى منزل الزوج ثم يطالبه بمهرها . وإن أنكرت الدخول ، فالقول
 قولها { . وذلك أن الزوج قد ادعى عليها الدخول فلا يجوز أن يبطل حقه .
 فإذا كان كذلك يؤمر بإحضارها إن كانت ممن تبرز للمطالبات لأن هذا حق
 لزمها للزوج كسائر الحقوق التي تلزمها لغير الزوج . { وإن كانت ممن لا تقصّر

الخصومات ولا تبرز للطلبات فإن القاضي يبعث أميناً من أمانته حتى يقوم في ذلك مقام القاضي ، ويحكم عليها بما يحكم عليها القاضي لو جاءت إلى القاضي ؛ لأنها إذا لم تبرز للخصومات فليس للزوج عليها حق الإحضار ، كاليس لغير الزوج عليها الإحضار إذا ادعى عليها شيئاً ، لأنها حرة فلها أن تبرز للناس . فإن كان كذلك لا بد للقاضي من إنفاذ من يقوم مقامه في ذلك ، إذ ليس يجوز للقاضي أن يتحرك مجلس القضاء ويذهب إلى امرأة ليحكم بينها وبين زوجها . { ويذهب الزوج والآب مع الأمين مع شاهدي عدل } ، لأن الزوج والآب خصمان ، فلا بد لهما من الحضور للحكم والخصومة ، والأمين يلقى بينهما ، والشهود ليسشهدوا على ما يسمعون منها من إقرار وغيره . { فإذا كان كذلك يحكم الأمين على إقرارها إن أقرت بالدخول . وإن أنكرت وقال الزوج : حلفها على دعوى من الدخول ، فإن الأمين يحلفها على ذلك . فإن حلفت برمت من // [٢٠٦ ل] أ دعوى الزوج وعليه تسليم مهرها إلى الآب . وإن نسكت عن البين حكم له عليها بالدخول وأمرها بالمصير إلى منزل الزوج ، ثم يُطالب بـ مهرها في قولها } . ولا يشبه الجارية في { محاب البين للآب من قبل أن إقرارها على نفسها بالدخول // [١٧٢ ف] جازة فيثبت حكم النكول في البين أيضاً . والمسئلة مبنية على قولها فبلانّ عند أبي حنيفة لا فرق بين الدخول بها وبين غير الدخول بها في أن لها المطالبة بالمهر وامتناعها من تسليم نفسها حتى تقبض مهرها . فإذا كان كذلك فمعهده لو أقرت بالدخول أيضاً لم تؤمر بالمصير إلى منزل زوجها ما لم تقبض مهرها . فإذا كان كذلك ثبت أن هذه المسائل كلها على قولها . وهي لو أقرت بالدخول قبل قولها على نفسها [أو] تحلف^(١) على ذلك ، والآب لو أقر بالدخول لم يجر عليها ، فلا يمين عليه في الدخول بها .

725 قال : { فإن قال الزوج : قد دخلت بها ، وقالت هي : استكرهني من

نفسى ، فالقول قولها { ، لأن الأصل عدم الرضا حتى يثبت ، ولأنه ^(١) قد ثبت ، لها وللأب حق القبض قبل تمكينه من الوطء ، والزواج يدعى إسقاط ذلك الحق على قول أبي يوسف ومحمد بالوطء ، فادعى أنه ليس لها الامتناع من التسليم فلا يصدق عليها .

726 قال : { وكذلك لو قال الزوج : دخلت بها ، وقالت هى : قد خلا بى إلا أنى لم أمكنه من الوطء حتى أقبض مهرى ، كان القول قولها { لما ذكرنا من الوجهين : أحدهما أن الأصل أنها غير مدخول بها ، والثانى أن فيه إسقاط حقها أو حق الأب بقول الزوج ، فلا يصدق على بطلان حقها وحق الأب . { فإن قال الزوج : لو خلوت بها فبالخوة ما يجب أن يصير لى ويطالبنى بمهرها ، فليس له ذلك { لأن الخوة ليست بجماع ، وإنما وجب لها المهر كاملاً ، والعدة إن طلقت قبل الدخول لمعنى آخر . فإذا كان كذلك ، وحقها عند أبي يوسف ومحمد فى مطالبتها // [٦٢٠-٦٢١] الزوج بمهرها قبل التسليم إنما يبطل بالدخول بها برضاها ، والدخول لم يوجد ، لم يسقط حقها .

727 قال : { فإن لم يثبت الدخول بها وطلبت حبسه بمهرها فإن القاضى يحبسها بذلك { ، لأن المهر دين لازم على الزوج فبِحَبْسِها به كما يحبس فى سائر الديون حتى تستوفى مهرها ^(١) . { فإن قالت : 'مره فلينفق' على أن يدفع لى مهرى ، أمره القاضى بذلك . فإن مطلبها بذلك فسألت القاضى أن يرض لها نفقة فعل ذلك { ، لأن الحبس وامتناعها منه لحق ، فلا تبطل نفقتها . وكذلك بعد الدخول على قولها أيضاً إذا طالته بالمهر فلها حبسه به ولها عليه النفقة كما بينا .

قال : { فإن أراد الزوج أن تكون معه فى الحبس ، لم يحبسها القاضى إلى

726 (١) كذا فى ج . وفى ف ، ل : ولاية .

727 (١) ساقط من ف .

ذلك وإن كان في الحبس موضع خالٍ ، لأن المرأة لا تستحق الحبس فلا يجوز أن تحبس لو طء الزوج .

728 قال : { فإن كانت الجارية صغيرة زوجها أبوها فطالب بمهرها فله ذلك } ، لأن المهر يجب بالمقد سواء كانت ممن تجامع أو كانت ممن لا تجامع . وأما النفقة فلا تجب لها إلا أن تكون ممن تجامع ، لأن المهر يستحق بالتسليم ، والتي لا تجامع لا يصح منها التسليم كما لا يصح التسليم من الرضيمة ^(١) ، فلا تستحق النفقة .

قال : { فإن قال الزوج : أنا أدفع المهر - يعني إلى الأب - فثمة فليدفعها إلى ، فإنها تطيق الرجال وتصلح للجماع ، أمر القاضى مَن يثق به من النساء أن ينظرن جسمها وقامتها ، فإن قلن : إنها ممن تطيق الرجال ، قال // [ف ١٧٢ ب] للأب : إقبض المهر ، وسلمت الجارية إليه . وإن قلن : لا تطيق ^(٢) الرجال أجبر الزوج على دفع المهر إلى الأب . فإن كانت ممن يخرج نظر القاضى إليها ، فإن كانت ممن تجامع أمر الأب بتسليمها إليه بعد قبض المهر ، وإن كانت لا تجامع مثلها أمر الزوج بتسليم المهر إلى الأب ^(٣) . وذلك ^(٤) لأنها إن كانت ممن لا يخرج ، يقوم النساء مقام القاضى في النظر إليها ، لأن نظرهن إليها أحسن من نظر الرجال .

قال : { فإذا [قالت] ^(٥) النساء : إنها تحتمل الرجال // [ف ٢٠٧ أ] دفعت إلى الزوج . وإن أتى .. الزوج بينة تشهد له على سنها ، قد عرفوا أمرها فكان قد أتى لها خمس عشرة سنة دفعت إلى الزوج { لأن هذه حال البلوغ ، وليس للأب أن يمنعها من الزوج بعد أخذ المهر . } وإن كان أهلها قد دفعوها إلى

(٢) ف : تحمل .

(٤) ف : الأصل . قلن .

728 (١) ل : الرضيمة .

(٣) ل : وكذلك .

الزوج ، أو كان أبوها يدفعها إليه ، ثم رجعت إلى منزل أبيها فطلبها الزوج فقال :
قد دخلت بها ، وقال أهلها : نعم قد دخل بها ولكنه قد عقرها^(٥) ، وذلك أنها
لا تحتل الرجال ، وإنما دفعناها إليه على أنه لا يئني بها إلى أن تصير إلى الحال
التي تجتمع مثلها ، وقال الزوج : بل هي تطيق الرجال ، وما عقرتها ولكنها
نشرت ، فإنها أيضاً تورى النساء . فإن قلن : هي من تطيق الرجال ، دلعت
إلى الزوج . وإن قلن : إنها لا تطيق الرجال ، لم يدفعها إلى الزوج .

أما نظر النساء إليها فقلنا في الفصل الأول ، لأن ذلك من أمر النساء
وأحوالهن . وأما بطلان حق الأخذ للزوج إذا قلن : إنها لا تطيق الرجال وإن
كان الأب قد سلمها إليه قبل ذلك من قبل أن دفع الأب قد علمنا أنه كان باطلاً ،
إذ ليس يجوز للأب أن يتصرف عليها فيما يضر بها . فلما سلمها إلى الزوج
وهي ممن لا يطيق الرجال فذاك ضرر عليها ، فلا يجوز على الجارية . فلذلك
[ماجاز]^(٦) للأب أن يدفعها إليه بعد ما قد سلمها في الابتداء ، ويأخذها منه .

وإن كان الزوج صغيراً وزوجه أبومجارية صغيرة زوجها أبوها ، أو امرأة
كبيرة زوجها وليها ياذنها ، فلا لب أن يقبض مهر الصغيرة من مال الصبي
بحكم الحاكم بذلك ، وللكبيرة أيضاً أن تقبض مهرها من ماله إن كانت ثيباً .
وإن كانت بكراً قبض لها أبوها . وإن طلبت النفقة وقد قبضت المهر أتفق
عليها أيضاً من مال الغلام - يعني في الكبيرة وفي التي 'تجتمع' [ل] ٧٠٧ ب []
مثلها . وذلك أن عقد الأب على الصغير^(٧) كان جائزاً كعقد الكبير على
نفسه . والكبير إذا تزوج يجب لامرأته جميع ما ذكرنا من المهر والنفقة لوجود
تسليمها في بيته . كذلك امرأة الصغير مثل هذا ، وقد وجد منها التسليم وإن
هجر الزوج عن وطنها ، فلتستحق المهر والنفقة جميعاً .

(٥) كذا في ل ، ج . وفي كلمة غير مفردة ، صورتها هرتنا .
(٦) في الأصل : جاز .
(٧) ل : الصغيرة .

فصل

729

{ ولو كان الأب الزوج الصغيرة وسلمها إلى زوجها فوطئها وهي تحتل
الرجال ، للأب أن يقبض مهرها وإن كانت ثيباً { لأنها صغيرة يُولّى عليها .
والأب هو الذى يلى عليها ويتصرف فى مالها . فله قبض مهرها أيضاً .

فصل

730

{ فإن طالب الأب الزوج بمهر ابنته وأحضر زوجها وقال الأب : قد
ماتت ابنتى ، ولم تدع وارثاً غيرى وغيرك^(١) // [ف١٧٣] وأنا أريد نصف
مهرها الذى هو حقى ، وقال الزوج : لم تمت ، وإنما تدافنى عنها ، وليس
هناك بينة تشهد للأب على موتها ، والزوج يطلبها من الأب ، فإنه ليس للأب
قبض شيء من المهر من الزوج { ، لأنه لما أدهى موتها فقد احترق بسقوط
حق القبض فى المهر لها على وجه الولاية . فلا يكون له حق القبض من هذه
الجهة . والجهة التى بدعها لم تثبت بعد [بقوله^(٢)] حتى يقيم البينة على ذلك .
فلا يستحق قبض شيء من المهر .

وهذا^(٣) بمنزلة رجل له ابنان ، وعلى أحدهما ألف درهم ، فوكل ابنه الآخر
بقبضها منه ، فقال الوكيل بعد ذلك : قد مات أبى فورثته ، وأنا وأنت ، هذه
الألف ، فادفع إلى نصفها ، وقال الذى عليه الألف : لم يمت أبى ، فليس
للكيل أن يقبض من أخيه شيئاً ، لأنه قد زعم أنه قد خرج من الوكالة حين
مات أبوه .

731 قال : { ولو أن الأب فى المسألة الأولى طالب الزوج بمهر ابنته وقال :

(٢) لى الأصل : قوله .

730 (١) ل : وغيرى .

(٣) ف : قال وهذا .

هي حية ، وقال الزوج : قد ماتت فلي نصف المهر ولك النصف ، وقال الأب : هي حية بالبصرة وأنا أدفعها إليك هناك ، فإن للأب أن يأخذ مهرها من الزوج ويوثق^(١) ، لأن الأصل أنها حية ، فإن لم يسلمها إليه بالبصرة^[٧٠٨] على ما قال وجب عليه رد نصف المهر بالميراث ، لأنه لم يقدر على تسليمها ولم يثبت حياتها ، لم تثبت دعوى الأب ، فلا يستحق أخذ جميع المهر ، فيجب عليه رد نصفه لعدم شروط التسليم .

قال : { وكذلك إن رجع الأب إلى تصديق الزوج فقال : قد ماتت ، دفع إلى الزوج نصف المهر الذي قبض منه } ، لأنها تصادقا أن المهر بينهما ، فينبغي أن يحصل بينهما نصفين .

باب العتین والمجبوب

732

قال الشيخ : الأصل في أجل العتین اتفاق الصحابة . وروى الخشاف عن عمر بن عبد الله وغيرهما^(١) من الصحابة . وذكر غيرهما من التابعين أن يؤجل العتین سنة . وروى عن عمر في الأجل والخيار والفرقة مثل قولنا ، فإذا صح هذا عن عمر من غير تكثير من أحد من الصحابة ، صار أصلاً في أنه يؤجل سنة ، وأن امرأته 'تختير بعد مضي الأجل إذا لم يصل إليها بين الفرقة والمقام معه ، وأن الفرقة لا تقع بمضي المدة كما زوى رضى الله عنه من غير تكثير من أحد منهم عليه . وأيضاً فإن الوطء حق للمرأة لأنها لا تتوصل إلى استحقاق كمال المهر بالاتفاق من غير إيجاب^(٢) الفسخ إلا بالوطء ، واستحقاق المهر من حقوقها ، فلها المطالبة بالوطء لتستحق كمال المهر ، كما استحق الزوج بعضها . فإذا ادعت حياً في عضوه وإنه لا يصل إليها لم يكن بدّ للقاضي من أن يستبعض

731 (١) ل : ويوصى .

(٢) ف : إلحاق .

732 (١) ساقط من ف .

عن حاله ويستبين أمره . وهذا لا يُتوصل إلى معرفته إلا بمضى الفصول الأربعة عليه من الصيف والشتاء والخريف والربيع ، لأنه إن كان من علة في غير هذا المعنويين يمرور هذه الفصول ، إما بزيادة وإما بنقصان . وإن كان من علة في المعنوي يتغير حكمه باختلاف الهواء .

733 قال // [ل ٢٠٨ ب] : { ولو أن امرأة قدمت // [ف ١٧٣ ب] زوجها إلى القاضي فقالت : إن هذا تزوجني وأنا بكر ، أو ثيب ، وأنا مقيمة معه منذ زمان طويل ، لم يصل إليّ ، وقال الزوج : صدقت المرأة على ماقلت ، ولم أصل إليها ، وأنا أرجو أن أصل إليها ، فإن القاضي يؤجله ستة منذ يوم ارتفعنا إليه . فإن وصل إليها ما بينه وبين سنة ، وإلا خيرها القاضي بعد مضي ستة . فإن اختارت الفرقة فرق الحاكم بينهما ، وكانت فرقة بطلاق بآن . ولها المهر كاملاً . وهذا كله من عمر بن الخطاب رضي الله عنه - أعني الأجل والخييار وتفريق الحاكم ووجوب المهر والمدة وكون الفرقة بتعليق بآمنة .

فصل

734

{ فإن اختلفا فقال الزوج قد وصلت إليها ، وقالت هي : لم يصل إليّ وأنا بكر ، فإن القاضي يُريها النساء ، فإن قلن إنها بكر ، أجله ستة ، وإن قلن إنها ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه أنه وصل إليها إذا ادعت المرأة^(١) أن بكارتها ذهبت بمعنى غير الوطء . وذلك أن المرأة قد ادعت أنه لم يصل إليها وأنه معيب وأن لها الخييار ، وادعى الزوج أنه قد وصل إليها وأذهب بُعْذُرتها^(٢) ولا خيار لها فيفسخ العقد . ولا يمكن التوصل إلى ثبوت العيب في معنوي الزوج إلا باستبراء حال المرأة . فإذا كان كذلك لم يكن بد من النظر في أمر المرأة . ولا يجوز ذلك للرجال ، فينظر إليها النساء ، كما نقول في عيب الجارية

(٢) أي بكارتها .

734 (١) ساقط من ف .

المشترأة إن النساء ينظرن إليها .^(٣) كذلك النساء . فإذا قلن هي بكر يستبرى القاضى حال الرجل بأن يؤجل سنة ، فإن وصل إليها^(٤) وإلا فرق بينهما إن شاءت المرأة . وإن قلن هي ثيب سقط اعتبار نظر النساء إليها بعد ذلك ، وصار الظاهر مع الزوج ، لأننا لا نحمل ذهاب بكارتها بغير وطء حلال ، لأن ذهاب العذرة بالوثنية^(٥) ودورور الدم^(٦) ونحو ذلك من النادر الشاذ ، فلا يحمل الأمر عليه . وذهابها بالوطء هو المعروف ، فيحمل على أنه من وطء الزوج . إلا أنه لا بد من تعيين الزوج على دعوى المرأة لأنها تدعى عليه حق الوطء .

فصل

735

{ فإن جاءت بعد معنى الأجل فأدعت أنه لم يصل إليها فإن // [ل ٢٠٩] الزوج يُسأل من ذلك . فإن قال . لم أصل إليها بعد الأجل وقد كنت أعلمتك أنى وصلت إليها قبل الأجل ، فإن القاضى لا يريها النساء في هذه الحال { لأن النساء قد شهدن قبل الأجل أنها بكر ، والزوج قد اعترف أنه لم يصل إليها بعد ذلك . فلا معنى لنظر النساء إليها ، { ولكنها تُخير ، فإن شاءت الفرقة فرق القاضى بينهما ، وإن شاءت المقام أقامها معه . ولا خيار لها بعد ذلك } . مثل الرضا بالعيب ، إذا رضى به مرة لم يمكن له خيار الرد بعد ذلك . كذلك هذا .

فصل

736

وإن كان الزوج قال : قد وصلت إليها بعد الأجل أيضاً ، فإن النساء ينظرن إليها ، فإن قلن هي بكر تُخيرت المرأة . وإن قلن هي ثيب ، فالقول قول الزوج مع يمينه : بالله لقد وصلت إليها { . وذلك أن هذا أمر لا يطلع

عليه الرجال ، فيُقبل فيه قول النساء . // [ف ١٧٤ أ] فإذا قلن : إنها بكر فقد ثبت العيب في عضو الرجل ووجب لها حق الفسخ ، ونُفِيت ، فإن اختارت الفرقة فرق القاضي بينهما على ما بينا . كما نقول في البيع إذا شهدت البينة^(١) بعيب الجارية وردَّ القاضي الجارية بالعيب في لأحدى الروايين وإن كان لا يردّها في الرواية الأخرى حتى يحلف البائع على العيب على ما قال محمد في الجامع . "وإن قلن" : إنها ثيب^(٢) لم يثبت^(٣) العيب إلا أنه لا بد من بين الزوج على دعوى المرأة إذا . أدعت أن البكارة ذهبت بغير وطئه . والكلام في هذه المسئلة في حالين : أحدهما قبل الأجل والثاني بعد الأجل . فأما قبل الأجل ، فإن اتفقا على البكارة واختلفا في الوصول إليها بعد ذلك ، ينظر إليها النساء ، فإن قلن : هي بكر يؤجل الزوج سنة وإن قلن : هي ثيب ، لم يؤجل الزوج ، ويكون القول قوله مع يمينه : بالله لقد وصلت إليها ، إلا أن يقر بأنه لم يصل إليها قبل ذلك [أو] نكل عن اليمين . وإن اختلفا في البكارة والوصول إليها جميعاً ، فإن الأمر فيه على ما قدمنا أيضاً : ينظر إليها النساء ، فإن قلن : هي بكر ، يؤجل الزوج سنة ، وإن قلن هي ثيب كان القول قول الزوج // [ل ٢٠٩ ب] مع يمينه . فإن حلف سقط دعوى المرأة وتكون امرأته لأن العيب لم يثبت حكمه . وإن نكل عن اليمين يؤجل سنة على ما قلنا في شهادة النساء بأنها بكر لأن الزوج قد أقر بأنه لم يصل إليها . وهذا قولهم جميعاً .

كذا قال الشيخ ، وإن كان من أصل أبي حنيفة : لا يحلف فيما لا يصح بذله^(٤) من جهة الحكم ، وليس ها هنا معنى يصح بذله ، إذ اليمين إنما تقع على الوصول ، والنكول يقع على نفي الوصول إليها . ونفي الوصول إليها وهو

(٢) ل : وإن نكل .

736 (١) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ل .

(٤) أي التنازل عن الحق .

معنى يصح . فإنما هو بمنزلة الإقرار عليها في فسخ النكاح ، فصار كأنه باذل
لهذا المعنى . فذلك حُلف .

وأما بعد مضي الأجل فإن ادعى الزوج الوصول إليها ، وكانت بكرة قبل
الأجل ينظر إليها النساء . فإن قال : هي ثيب فالقول قول الزوج مع يمينه ،
لأن الظاهر صار معه ، إذ لم يثبت العيب . فلا حق للبرأة في (١) فسخ العقد
إلا أن ينكل عن اليمين أو يقر بأنه لم يصل إليها ، فيكون الخيار للبرأة (٢)
في الفسخ والإمضاء . وإن كان ثيباً قبل الأجل والمسئلة بحالها لم ينظر إليها
النساء والقول قول الزوج مع يمينه على ما بينا . وإن أقر الزوج بأنه لم يصل
بعد الأجل ، وإنما وصل إليها قبل الأجل والأمر على ما قدمنا من الدعوى في
الابتداء أو التأجيل فإن القاضى يحخير المرأة في إمضاء النكاح وفسخه ، من
قبل أن العيب قد ثبت في الابتداء قبل الأجل ، وقد أقر الزوج بأنه لم يصل
إليها بعد ذلك . فيكون الخيار إلى المرأة . وقد خرج الأمر من يد الزوج .
فمل هذه الوجوه كلها تخرى هذه المسائل .

737 قال : { وإن اختلفت النساء اللاتي ينظرن إليها ، فقال بعضهن : هي
بكر ، وقال بعضهن : هي ثيب ، فإن القاضى يستظهر في ذلك بسوة
أخريات (٣) ، فيؤيّن إياها { لأن هذا مما يُشكل ، ويكون حكم الأخريات
على ما بينا .

فصل

738

قال : { ولا يحسب // [ف ١٧٤ ب] في ذلك أيام مرض الزوج التي

(٥) ساقط من ل .

لا يمكن جماعها فيها . وكذلك لو هربت أو حُذِس الزوج بمرها أو غير ذلك "من الديون" لم يُحتسب بهذه الأيام // [ل ٢١٠ أ] إلا أن يكون في الحبس موضع تكون معه المرأة فيه . وذلك أن الوطء ليس يتأني منه في هذه الأيام ، فلا يجوز أن يعتد بها من الأجل ، إذ الأجل إنما جعل له ليستبرئ فيه حاله في الوطء ، والوطء غير ممكن . ألا ترى أنه لو أُجِّل فأسره العدو^(١) من يومه ذلك إلى العام القابل^(٢) ، ثم ظهر عليه المسلمون ، لم يُحتسب عليه بذلك الأجل . كذلك هذا مثله . وأما أيام حيض المرأة فإنه يعتد بها ، وذلك لأنه وإن كان ممنوعاً من الوطء من جهة الله سبحانه وتعالى ، فإن الأصل في ثبوت الأجل للعنين هو عمل السلف . ولم يرو عن أحد أنه لم يعتد بأيام حيض المرأة حتى يكون التشابه في كل عصر^(٣) .

739 قال^(١) { فإن حُبِسَت المرأة في حق زوجها ، فإن كان يصل إليها في الحبس ويمكنه الخلوة والمبيت عندها احتُسِبَت عليه تلك الأيام . وإن لم يمكنه ذلك لم يُحتسب } لما بينا أن الاعتبار فيه إمكان الوطء وارتفاع الموانع فيما بينهما .

740 قال : { ويلبى للقاضى إذا أجله أن يُشهد على تأجيله إياه على الوقت ، وثبت ذلك عنده } ، لأن هذا الأجل يثبت^(٢) من جهة الحكم ، فيلبى للقاضى

738 (١) ساقط من ف .

(٢) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ف . والحق : القيل .

(٤) ف : عضو .

739 (١) ساقط من ف .

740 (١) ل : التبع .

أن يثبت ابتداءه حتى يعلم متى ينتقض الأجل ، كما قلنا في سائر الأحكام أنه يشتهر إذا حكم بها . { فإن مضت السنة ثم مات القاضى أو تحول قبل أن تغيب المرأة ، فولى قاض آخر ، فقدمت الزوج إليه وأقامت عنده البينة أن فلاناً القاضى كان أجله في أمرها سنة منذ وقت كذا وكذا وأن السنة قد مضت ، أو أقر به الزوج ودعى الوصول إليها ، فإن القاضى الثانى يريها النساء . فإن شهدن أنها بكر خيرها القاضى { . وذلك أن إثبات الأجل كان حكماً من القاضى الأول . ألا ترى أن الزوجين إذا تراضيا على إثبات الأجل في الابتداء لم يكن له حكم ، وصار وجوده وعدمه سواء . وهذا الأجل حكمه ثابت من جهة الحكم ، فثبت أن الأجل نفسه حكم من القاضى . فإذا أقامت المرأة البينة على مضية ، قبلت ويمتد به ، كما أن المتخاصمين إذا أقام أحدهما البينة على حكم // [ل ٢١٠ ب] القاضى بحق ادعاء على صاحبه قبلت بيته ويمحكم له بذلك . كذلك هذا حكمه ثابت ويمتد به القاضى الثانى ويفعل مع الزوج والمرأة كما كان يفعله الأول ولم يعزل . وليس هذا كسماع الشهادة ، إن القاضى الثانى^(٢) لا يعتمد بذلك السماع لأن السماع لم يتعلق به حكم بعد ، ولذلك افترقا .

فصل

741

{ ولو حكماً رجلاً فأجل الزوج سنة كما أجل القاضى فلما مضى الأجل أراد أن يغير المرأة فارتفعاً إلى القاضى ، فإن القاضى يستألف التأجيل ولا يلتفت إلى ذلك الأجل { . لأن هذا لا يثبت حكمه إلا عند القاضى . ألا ترى أن الزوجين لو اصطلحا على ذلك لم يجر لأن حكم المحكم إنما يجوز اصطلاحهما عليه ، وما لا يجوز الصلح بينهما لم يجر فيه التحكيم . ألا ترى أن الحدود لا يصح فيها التحكيم ، كما لا يجوز لها إقامتها من غير قضاء قاض ؟

كذلك هذا لم يجر لها أن يصطالحا عليه ، لم يجر // [ف ١٧٥ أ] حكم المحكم فيه . وليس هذا كالحكم بالأموال والحقوق التي تثبت بينهما من وجوه أخرى ، كالإجازات والبياعات وغير ذلك ، لأن ذلك مما يجوز عليه الصلح . ألا ترى أن الطالب لو أجل المطلوب فيها له عليه " جاز ، وما هنا لم يجر للمرأة أن تقول للزوج : قد أجلتك سنة حتى يصح أن يجعله إلى المحكم . فذلك افترقا .

742 قال : { فإن أجله القاضى سنة فلم يصل إليها فسأل الزوج القاضى أن يؤجله سنة أخرى ، أو شهراً آخر ، لم يجبه القاضى إلى ذلك إلا برضاء المرأة } ، من قبل أن القاضى قد وجب عليه أن يحكم للمرأة بالتنخير " لأن العيب قد ثبت في العضو . فيلغى للقاضى أن يحكم بالتنخير " كما قلنا في سائر الحقوق إذا أقام الطالب البينة على إثباته وجب " على القاضى " أن يحكم للطالب .

قال الشيخ : التنخير لا يثبت للمرأة بمضى الأجل حتى يحضرها القاضى ، لأن مضى الأجل ليس هو سبب لوجوب التنخير لها .

قال (١) : { فإن رضيت أن تؤجله أجلاً بعد الأجل الأول فعل ذلك } ، لأن هذا حق للمرأة ، فلها أن تؤخر مطالبته ، كما لها أن تؤخر مطالبة الدين إذا كان لها على إنسان ..

قال : { فإن أرادت بعد ذلك الرجوع في الأجل فلها ذلك ، ويبطل // [ل ٢١١ أ] الأجل ويغيرها القاضى من قبل أنها لم تُسقط حقها في التنخير

741 (١) ساقط من ف .

(٢) ساقط من ل .

742 (١) ساقط من ل .

وإنما رخصت بتأخير الحكم عن الحال إلى وقت آخر . وإذا كان كذلك فلها أن تطالبه بحقها متى شئت . كرجل ثبت له على رجل دين عند الحاكم فأراد الحاكم أن يجبر المطلب على تسليم الدين إليه ، فرضى الطالب بأن يؤخره المجلس فلا يجبر القاضى عليه . وكان ذلك جائزاً . فإن بدا له أن يؤخره فأراد من القاضى أن يجبره على تسليم الدين إليه كان له ذلك . فإنما لم يبطل خيارها بتأخير المطالبة عن الحال من قبل أن خيارها لم يثبت في الحال إلا أن يجعل لها القاضى الخيار ، والقاضى (٣) لم يجعل لها الخيار فلا يكون [رضاؤها] (٤) بتأخير المطالبة عن المجلس مبطلاً لحقها ، كما أن الشهادة إذا أقيمت عند القاضى فلم يحكم بها الحاكم في المجلس ، ورضى الطالب بأن يؤخر القضاء بها عن المجلس إلى مجلس آخر لم يكن ذلك مبطلاً لإنفاذ القضاء بذلك الصاع المتقدم .

فصل

743

قال (١) : { فإن فرّق القاضى بينهما ثم تزوجها ذلك الزوج تزويجاً مستقبلاً بعد الفرقة ، فلم يصل إليها في هذا النكاح الثاني بغاصته في ذلك إلى القاضى وقالت : إنه وعدني الوصول إلى وقال لي إن عنده ما أحبه ، وإنما كنت مؤخرًا عنك ، لم يقبل القاضى ذلك منها ولم يجعل لها خياراً } من قبل أنها دخلت معه في العقد مع عليها بيمينه في العضو ، فصارت راضية بذلك ومسقطه حقها كالشترى إذا علم بعيب العبد فاشتراه ، لم يكن له رده بذلك العيب .

فصل

744

{ ولو كان الزوج وصل إليها في // [ف ١٧٥] النكاح الأول وولدت

(١) في الأصل : رضى .

(٣) ساقط من ل .

743 (١) ساقط من ل .

منه أولاداً ثم طلقها طلاقاً بائناً ، ثم تزوجها ثانية فلم يصل إليها في هذا النكاح الثاني فهو بمنزلة العتق { من قبل أن للعقد الثاني^(١) حقوقاً غير حقوق العقد الأول . فكذلك حكم الوطء الحاصل في العقد الأول لا يُثبت في العقد الثاني ، بل لها أن تطالبه بالوطء في العقد الثاني لتتوصل إلى استحقاق مهرها من حيث لا يلحقه الفسخ .

فصل

745

{ والإتيان فيما دون الفرج لا يرفع حكم العنة { لأن الجماع فيما دون الفرج لا يوجب استحقاق مهرها // [ل ٣١١ ب] استحقاقاً صحيحاً ، إذ قد يجوز أن يرتفعاً بعد الطلاق إلى الحاكم . ألا ترى أن الخطوة موجبة للهر ولا تستحق المرأة إلا نصف مهرها . ولذلك قلنا إن الجماع فيما دون الفرج كلا جماع في امرأة العتق .

فصل

746

{ ولو كانت امرأة العتق أمة فإن المطالبة للمولى عند أبي حنيفة وزفر . وعند أبي يوسف للأمة { . لأبي حنيفة أن المستحق للهر هو المولى فتكون المطالبة له دون الأمة ، إذ قد بينا فيما سلف أن حق المطالبة بالوطء لأجل استحقاق كمال المهر^(١) استحقاقاً صحيحاً . فإذا كان كذلك ينبغي أن تكون المطالبة ها هنا للمولى إذ المستحق للهر^(٢) هو المولى . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن حق الوطء للأمة فيلبي أن تكون المطالبة لها . وهذا ليس بقوى لأن المطالبة إن كانت لأجل الوطء كان ينبغي أن تكون للمرأة أبداً مطالبته بالوطء ، وعند جميعنا أنه لو وطئها مرة واحدة لم يكن لها حق المطالبة

744 (١) ل : الأول .

(٢) ل : بقول .

746 (١) ساقط من ل

بعد ذلك . فقد علمت أن المطالبة لم تكن لأجل الوطء وصلت أنهم إنما اعتبروا جميعاً استحقاق المهر لأن الوطء الثاني وما بعده لا يتعلق به استحقاق المهر . فلا تكون المطالبة له .

فصل

747

{ ووصوله إلى امرأة له أخرى لا يمنع مطالبة هذه بالوطء عندم { للعلمة التي ذكرناها لأن حق المطالبة إنما وجب لها لاستحقاق كمال المهر ، ووصوله إلى امرأة أخرى لا يوجب لهذه استحقاق مهرها ، فلذلك لا يمنع مطالبتها له بالوطء . وذكر بعد هذا الباب ثلاثة أبواب كلها مضمنة بهذا الباب ، وقد استوفينا الكلام في هذا الباب وكرهنا ذكرها للإعادة وخوفاً من التطويل .

وقال في آخر الباب الثالث : { وإن قالت : قد وطئني مرة ولكنه قد اشتغل بامرأة أخرى له ، فلا خيار لها أيضاً لسبب الوطء . ولكن إذا أرادت أن يكون عندها ويقسم لها المبيت عندها كما يفعل له بامرأة أخرى ، أمره القاضي بذلك وتقدم إليه بالتسوية بينه وبين نسائه { .

أما إسقاط حقها من الوطء الثاني فقد مر الكلام فيه . وأما التسوية فالأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمِيلِ ﴾ ^(١) . روى أنها نزلت في شأن [ل] ، [٢١] التسوية بين النساء ، قسم النبي صلى الله عليه وسلم الوقت بين نسائه . ثم قال : اللهم هذا قسمي فيما ملكتك ، فلا تواخضني بما لا أمرك ^(٢) - يعني ميل القلب والشهوة التي هي فعل الله تعالى . وأفعال النبي عليه السلام إذا وردت مورد البيان تكون على الوجوب . وهذا القسم منه وقع موقع البيان للآية ،

فيلبني أن يكون على الوجوب . وأيضاً قال الله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا ﴾ ^(٣) - بمعنى في القسم - فنع من تزويج أكثر من واحدة ، إذا خاف ترك التعديل بين ^(٤) النساء . فدل ذلك على الوجوب ، لأنه لولاه ما كان يمنع من التزويج المباح ^(٥) .

باب المحبوب والرتقاء

748

{ وتختير امرأة المحبوب إذا وقف القاضى على كونه محبوباً كما تمخير امرأة العنين بهد معنى الأجل } للغة التي ذكرناها في العنين ، وهي أنها لا تتوصل إلى استحقاق المهر استحقاقاً صحيحاً إلا بالوطء . واستحقاق المهر من حقها لأنه بدل البضع . فإذا لم يحصل لها البدل حصولاً لا يلحقه الفسخ كان لها فسخ العقد ، كالبائع إذا لم يحصل له الثمن كان له فسخ العقد . وإنما لم يؤجل كما يؤجل العنين لأن العنين يرجى منه الوطء ولا يوقف على عدم معنى الوطء في الحال ، إلا أن يستمرى حاله ، ولا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا بالتأجيل سنة على ما بينا . وأما المحبوب فإنه يمكن الحصول إلى معرفة حاله في الحال . فإذا وقف على حاله ، ويكون محبوباً خيراً المرأة في الحال ، ولا يؤجل ، لأنه لا يرجى منه وجوب الوطء ، فلا معنى للتأجيل . فإذا فرق القاضى بينهما كان لها المهر كاملاً ، وعليها العدة عند أبي حنيفة وزفر . وعند أبي يوسف ومحمد لها نصف المهر ولا عدة عليها . وقد مرّت هذه المسئلة في كتاب النكاح .

فصل

749

{ ولو كان الزوج محبوباً والمرأة رتقاء لم يكن للمرأة خيار في التفريق } لأنه ليس لها مطالبة بالوطء ، إذ معنى الوطء ^(١) معدوم من جهتها . فإذا كان كذلك

(٤) ساقط من ل .

(٣) سورة النساء ، ٤ : ٣ .

749 (١) ساقط من ل .

لم يجب لها الخيار في الفرقة بسقوط حقها من الوطء والمطالبة به . ومسائل بقية
الباب مفهومة من الكتاب // [ل ٢١٢ ب] فكرهنا ذكرها في التعليق وذكر
ما بعدها .

750 باب الرجل يغيب عن امرأته

فتطلب امرأته النفقة

والأصل في وجوب النفقة للمرأة من مال الزوج مع غيبته حديث هند ابنة
عتبة^(١) حين جاءت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت : إن أبا سفيان رجل شحيح
فلا يعطى ما يكفيني وولدي ، أفتأخذ من ماله بغير علمه ؟ فقال النبي صلى الله
عليه وسلم دعى ما يكفيك وولدك بالمعروف^(٢) . فهذا الحديث أصل في
هذا الباب . إلا أن القاضى لا يحكم لها بالنفقة بإقامتها البينة على التزويج لأن
هذا حكم على الغائب ، ولا يجوز حكم على الغائب من غير أن يكون هناك خصم
منه . إلا أن يكون المال وديعة في يدى رجل أو غير ذلك ، فأقر الذى في يده
المال يكون المال للغائب وبأن المرأة زوجها . فإذا أقر بالامر من جميعاً حيث
يفرض لها القاضى من المال ما يكفيها من الدوام والدنانير ، إن كانت له ، ومن
// [ف ١٧٦ ب] الطعام ما يكفيها ، إن كان له طعام ، ومن الكسوة ، إن كان له
من الثياب وديعة . وإن كان غير ذلك من العروض لم يبيع ، لأجل النفقة ، على
الغائب ، لأن هذا تصرف على الغائب ، ولا يجوز التصرف عليه . وأما إذا

750 (١) في الأصل : هند ابنة ابن عتبة : وزوجها أبو سفيان بن حرب . واجع ابن سعة ،
ج ٨ ، ص ١٧٠ .

(٢) في بخارى ، صفات ، ١٤ : « . . . وليس يعطى ما يكفيني وولدى إلا ما أخلت
منه وهو لا يلزم . . . » .

كانت الوديعة دراهم ودينائير فأثما يمرض منها مقدار الكفاية لإقرار المودع .
ولا يكون حكماً على الغائب ، ويكون الغائب على حجته .

751 قال : { وإن أراد الزوج أن يضيّب فقالت المرأة أقم لي كفيلاً بنفقة شهرأ شهرأ ، فإنه لا يجبر على ذلك . وروى عن أبي يوسف أنه قال : يؤخذ لها كفيل بنفقتها شهرأ [شهرأ]^(١) استحساناً { . أما وجه القياس فلأن النفقة لم تجب بعد ، فلا يجوز أن يؤخذ بها كفيل . وأيضاً فإنه لو كانت ديناً لم يجبر على دفع الكفيل بها كما لا يجبر المطلوب على دفع الكفيل بالدين إذا أراد أن يفضّض ، ولكنه يطالب حتى يقضى الدين أو يحبس به .

752 قال : // [٢١٣ أ] { ولو كفل رجل بنفقة امرأة عن زوجها أبداً ، كان جائزاً } . وكذلك قال محمد في الأصل ، أنه لو كفل بنفقتها عن^(٢) الزوج ما عاشت ، كان جائزاً . وقوله : أبداً ، معناه أبداً ما عاشت . وقال في الأصل في كتاب النكاح : لو كفل بنفقتها كل شهر ولم يذكر التأييد ولا غيره لم يمن . وذلك أنه لم يذكر شيئاً ، والشهور مجعولة ، لأنها لم تقبض على حال الزوجية ، فأدخل في الكفالة حال الزوجية وغيرها ، فكثرت الجهالة ، ففسدت الكفالة من هذه الجهة . ولأنه أدخل في العقد المدة التي تستحق فيها والمدة التي لا تستحق فيها النفقة ، وهي بعد البيّنة ، لأن كل شهر ينتظم جميع الأوقات فتفسد الكفالة من هذه الجهة أيضاً . وأما إذا قال : ما غبت^(٣) ، فإنه قد اقتصر على حال الزوجية كلها تستحق المرأة فيها النفقة ، وجهان أيضاً أقل من جهالة كل شهر ، فيجوز إذ بعض الجهالات منفي عن الكفالات . ألا ترى أنه يجوز إلى

751 (١) لعل هذا هو المراد ، إذ لو كانت المدة لشهر واحد لذكر العدد .

752 (١) ف : على

(٢) كذا في ل ، ج . وفي ف : عشو .

الْعَظَاءُ^(٣) وإلى النيروز وإلى قدوم الحاح ، ونحو ذلك . فقوله : أبدا ، مثل هذا لأنه^(٤) يريد به حال الحياة . وقد بينا أن حال الحياة يراد به حال الزوجية . ولو كفل بنفقة ولدها أبدا ، لم يجوز ، لأن نفقة الولد لا تلزمه أبدا ، إذ قد تسقط بمحصول المال بغير الصبي ، وتسقط بالبلوغ . فإذا كفل بنفقة المدة لا تستحق فيها النفقة والمدة التي تستحق فيها^(٥) أيضاً ، صارت مجبولة فلا تجوز . وأما هذه الزوجية فلا تدخل فيها حال لا يجب لها^(٦) النفقة . فلذلك افترقا .

753 باب النفقة^(١) والكسوة

قال : { وإذا طالبت المرأة زوجها بالنفقة فهي امرأته على حالها } ، لأن مطالبتها إياه^(٢) بالنفقة لا تنفي النكاح هو الموجب للنفقة ، فكيف يُنفي بمطالبة المورِّج به ؟

754 قال : { وإذا قالت للقاضي : إنه يُفتر على [ويُضرب في] ^(٣) ، فإن القاضي يأمره بالنفقة عليها ، والإحسان إليها } ، وذلك لقوله [ل ٢١٣ ب] تعالى ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِأَنفُسِهِمْ أَمْوَالِهِمْ ﴾^(٤) [ف ١٧٧ أ] وقال تعالى ﴿ وَمَنْ قُدِّرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ بِمَا آتَاهُ اللَّهُ ﴾^(٥) . وقال تعالى ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ

(٣) أي موعده توزيع الطوائف .

(٤) ل : الولاية . (٥) ساقط من ل .

753 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ف .

754 (١) في الأصل : ويضرب .

(٢) سورة النساء ، ٤ : ٣٤ (٣) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٧ .

أَوْلَادُهُنَّ حَوْلَتَيْنِ كَمَا لَمَنِتْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُبَيِّتَ الرِّضَاعَةَ ﴿٢٤﴾
 ثُمَّ قَالَ ﴿وَسَمِعَ الْمُؤَلُّودَ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ (٢٥)
 - يعنى رزق الوالدات . فهذا أيضاً يدل على وجوب نفقة المرأة على الزوج .
 ولا خلاف فى ذلك بين الناس . والنبي عليه السلام أباح لهند بعت عتبه زوجة
 أبى سفيان أن تأخذ من مال أبى سفيان ما يكفيها وولدها بالمعروف .

755 قال : { ويكون الزوج هو الذى يُنفق عليها إلا أن يكون يُضربها
 ولا يُنفق عليها . فإذا كان كذلك يأمره القاضى بدفع النفقة إليها حتى تُنفق
 على نفسها . وأما إذا لم يضربها فإن عليه أن يطعمها ويكسوها : وليس عليه
 أن يعطيها الدرهم والدنانير وغير ذلك . " إلا أنها " لو أخذت الحنطة أو
 الدقيق كان لها أن تمتنع من طحن الحنطة وخبز الدقيق ، ويؤمر الزوج بأن
 يأتى بمن يخبز لها ، لأن عليه أن يطعمها ويكسوها (٢٦) . فإذا كان كذلك كان له
 أن يمتنع من دفع النفقة إليها ويعطيها الخبز وما تحتاج إليه على وجه الإنفاق .
 فاما إذا أضر بها فإن لها أن تطالبه بدفع النفقة إليها لأنه لا يُنفق عليها إذا لم
 يدفع إليها النفقة .

756 قال : { وإذا أراد أن يدفع إليها النفقة ينظر القاضى إلى ما يكفيها من
 الأدم والدقيق والدهن وحوائج المرأة التى تكون مثلها ، فيقوم ذلك دوايم
 ويفرض عليه فى كل شهر ، ويأمره بدفع ذلك إليها .

قال : { وإن كان الرجل مفرط البسار بمن يأكل " الحواري والحداد"
 والحلجان والدجاج والحلوى ، وهو من أصحاب الموائد ، وهى فقيرة تزوجها

(١) سورة البقرة ، ٢ : ٢٢٣ .

755 (١) ف : ألا ترى . (٢) ساقط من ل .

756 (١) كذلك الأصل . ولعله بين الحمر وهو فرخ الحمام .

على ذلك ، فطلبت بنفقتها ، فرض^(٢) لها نفقة مثلها من أوساط الناس ، ولا يفرض عليه قدر ما يأكل هو وكذلك الكسوة^(٣) . لأنه ليس على الزوج أن يطعمها بما يأكل ولا يلبسها ما يكتسب هو .

قال^(٤) : { وإن كانت المرأة موسرة مثله أجبر على أن ينفق عليها // [ل ٢١٤] نفقة واسعة { لقوله تعالى (على الموسر قدره وعلى المقتر قدره) }^(٥) — وهذا وإن كان في المطلقات فالزوجات مثل هذا في المعنى ، فيغير يسار الزوج والمرأة جميعاً . فإذا كانا جميعاً موسرين أجبر الزوج على نفقة واسعة . فإذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً ، أيهما كان ، لا يجبر الزوج على نفقة اليسار ، وإنما يجبر على أن ينفق عليها نفقة الأوساط . وإذا كانا جميعاً فقيرين فلها نفقة الفقراء . فصارت النفقة على هذه الوجوه الثلاثة التي ينهاها ، إلا أن يكون الزوج فقيراً وهي مفرطة اليسار ، فلا يجبر الزوج على ما لا يطبق من النفقة ، ولكن يفرض عليه قدر طاقته .

فصل

757

قال : { ولا يفرض لأحدٍ موسر نفقة على أحد غير الزوجة ، فانه يفرض لها النفقة على زوجها وإن كانت موسرة } ، وذلك لأن نفقة الزوجة تجب للصلة والمنافع التي تحصل للزوج من جهتها المستحقة بالعقد ، فصار في التقدير كأنها واجبة // [ف ١٧٧ ب] على وجه البذل . وهذا المعنى غير موجود في غيرها لأن نفقة غيرها إنما تجب عند حاجة المنفق عليها . وإذا كان غنياً لم يحتاج إلى نفقة غيره . ولا يعرف بين الناس خلاف في هذا .

758 قال : وإن فرض لها النفقة فسألت القاضي أن يجبس الزوج بالنفقة

(٢) في الأصل : يفرض :

(٣) ساقط من ف .

(٤) سورة البقرة ، ٢ : ٢٣٦ .

فإن القاضى لا يحبس حتى تمضى المدة التى فرض فيها النفقة { ، لأن الحبس إنما يجب عند المنع ، والمنع لا يثبت عند القاضى إلا بتمضى المدة ، فإذا مضت المدة ولم يحصل دفع النفقة^(١) فإن القاضى يحبس كما يحبس فى سائر الديون إذا امتنع من دفعها .

فصل

759

قال : { فإن فرض لها القاضى النفقة لمطلبها بذلك شهراً ، فاستدانت عليه إن كان عندها ما نأكل فأنفقت من عندها ، فإن النفقة لازمة ، تأخذ بها أبداً ما كان حياً { ، لأن النفقة إذا فرضها عليه القاضى صارت واجبة عليه ، فيلزمه قضاءها ، كما يلزم قضاء الدين ، ما كانت حية . وهذا أيضاً لا خلاف فيه بين الناس .

760 قال^(١) : { فإن مات الزوج قبل أن تقبضها لم يكن // [ل ٢١ ، ب] لها أن تقبضها من ماله بعد موته { ، من قبل أنها يجب على وجه الصلة . ومعنى الصلة لا يتأنى بعد الموت ، فلا يجوز أخذها على غير وجه الصلة . ألا ترى أن الجزية لما كانت مأخوذة على وجه الصغار لم يجوز أخذها على غير وجه الصغار ، وكذلك الزكاة لما كان أخذها على وجه القرية لم يجوز أخذها على غير ذلك الوجه ، فتسقط الزكاة بعد الموت لعدم القرية ، والجزية لعدم الصغار ؟ كذلك يلغى^(٢) أن تسقط النفقة فيما مضى لعدم معنى الصلة بعد الموت . فإن قيل : إن وجوب النفقة لأجل الصلة والوجوب قد تقدم فصارت ديناً بعد ما وجبت فيلغى^(٣) أن لا تسقط كسائر الديون ، والجواب أن أصل الوجوب على معنى الصلة ، والإعطاء على معنى الصلة عندنا . فإذا كان كذلك وجب أن تعتبر حال الإعطاء أيضاً . فإن كانت حالاً يجوز فيها معنى الصلة فوجب أن يستحق الأنخذ ، ولا يلزم على هذا نفقة ما مضى لأن معنى الصلة وإن لم يصح

758 (١) مزيد فى الأصل هنا : وعينها فى الحال .

760 (١) ساقط من ب . (٢) ساقط من ل .

الآن إلا فيما مضى فإنه يصبح في حال الإعطاء . فلهذا لم يمتنع إعطاؤها بالنفقة لما مضى . وأيضاً فإننا نوجب إعطاء النفقة لها لما مضى بالإتفاق ، وبعد الموت نسقطها للعامة التي ذكرناها .

761 قال : { فإن فرض لها القاضى عليه نفقة ما تحتاج إليه من الدقيق وسائر المؤن فقالت : لا أعمل هذا الطعام ولا أخبز ولا أطبخ ولا أعالج شيئاً منه ، فإنها لا تجبر على ذلك ، وعلى الزوج أن يأتىها بمن يكفيها عمل الخبز والطبخ وما أشبه ذلك } . وذلك لما قلنا إن عليه أن يطعمها ، والدقيق غير مجبور لا ينطعم ، وكذلك اللحم غير مطبوخ " لا ينطعم " . فلهذا وجب عليه أن يأتى بمن يصلح لها ذلك .

762 قال : { والناشر لا نفقة لها على زوجها } ، وهى الخارجة من منزل زوجها ، المانعة لنفسها منه ، من قبل // [ف ١٧٨ أ] أنها قد رفعت معنى الصلة إذ لم تسلم بضمها إليه ، فلا تستحق النفقة لهذا . ولا خلاف في هذا أيضاً بين الناس .

قال : { وكذلك لو كان المنزل ملكاً لها والزوج ساكن معها فيه فتمتعه الدخول عليها ، لم يكن لها نفقة ما دامت على هذه الحال ، إلا أن تكون سألته أن يحولها إلى منزله أو يكثرى لها منزلاً يصيرها فيه ، فيكون لها النفقة عليه في هذا الوجه } ، من قبل أنها لم تمتنع نفسها منه ها هنا ، وإنما امتنعت من دخوله دارها وملكها ، ولما أن تمتنع من ذلك . { وأما إذا قال لها : أخرجى من منزلك // [ل ٢١٥ أ] حتى أحولك إلى منزل آخر فامتنعت من ذلك وتمتعه من الدخول إليها فلا تجب النفقة في هذه الحال } ، لأنها مانعة لنفسها من الزوج في هذه الحال ، إذ لم تخرج معه ولم تتركه يدخل عليها .

763 قال : { وكل عتوة من ^(١) زوجها ، برضاها كان المنع أو بغير رضاها ، فلا نفقة لها على الزوج } ، مثل أن يصبها غاصب برضاها أو بغير رضاها فلا يلزم الزوج نفقتها لارتفاع معنى التسليم والصلة ، لأن عليها تسليم نفسها ولا تستحق النفقة . ألا ترى أن الأجرة لما كانت مستحقة بتسليم المستأجر إلى المستأجر لم يفرق بين أن يكون المنع من جهة المؤجر أو من جهة غيره ؟

{ وكذلك لو جلست في الحبس ^(٢) لحقّ عليها لرجل فهو مثل هذا { لعدم التسليم . وأيضاً فإنها هنا تقدر على تسليم نفسها إلى زوجها بأن تقضى حق الطالب وتخرج من الحبس .

قال : { وكذلك لو وجبت عليها حجة الإسلام لحجّت مع محرم ، لم يكن لها نفقة على زوجها } ، لأنها غير مسلمة لنفسها . ولو كان الزوج معها وجبت النفقة { لوجود التسليم لأنها معه .

فصل

764

{ وإن كان للرجل والدة ، أو له أخت ، أو ولد من غيرها ، أو لإنسان ذو محرم من الزوج وكانت المرأة نازلة معهم في منزل واحد فقالت المرأة : أنا لا أنزل مع هؤلاء ولا مع أحد منهم ، فصيرني في منزل على حدة ، فلها ذلك } ، لأن سكناً المرأة قد ثبت وجوبه على الزوج ، وهذه السكنى ، إذا كانت مع غيرها ، لا تحصل السكنى لها وإنما تحصل لها ولغيرها . فلها أن تطالب بمسكن تنفرد هي بالسكنى فيه ، إذ السكنى حق لها . وحديث فاطمة بنت قيس يدل

763 (١) ساقط من ز .

(٢) ب : السجن .

على هذا أيضاً . الا ترى أن النبي عليه السلام لما استطالت على أحائها قال :
« حوّلها إلى منزل آخر » ^(١) .

فصل

765

{ ولو لم يكن معها غيرها في السكنى إلا أنها شكت إلى القاضي من جهة
الزوج من الضرب والأذى وسأله أن يأمر الزوج ^(١) أن يُسكنها مع قوم //
[ل ٢١٥ ب] صالحين ، يعرفون إحسانه وإساءته إليها ، فإن القاضي ينظر
فيما سألت فيه ، فإن كان جيران هذه الدار قوماً صالحين أقرّها هناك وسألهم
عن صليعه بها . فإن ذكروا مثل الذي قالت زجره عن ذلك ومنعه من التمدى
عليها { ، من قبل أن القاضي منصوب لإيصال ذوى الحقوق إلى حقوقهم ،
وحق هذه المرأة أن يمنع زوجها وغير زوجها من أذيتها وضربها ، إذ ليس
للزوج أن يتعدى في ذلك كما ليس للنير . فإذا // [ف ١٧٨ ب] كان كذلك
ولا يتوصّل القاضي إلى معرفة ذلك الأذى من الزوج إلا من الجيران ، فله
أن يسأل الجيران عن ذلك فإن ثبت ^(٢) عنده ذلك ^(٣) زجره عنه وأدبه كما يزجر
سائر الناس من ذى غيرهم .

فصل

766

قال : { وإذا أراد الزوج منع أمها وأبيها أو أختها أو أحد من أهلها من
الدخول عليها ، فله أن يمنعهم من دخول منزله ، وليس له أن يمنعهم من النظر
إليها وتعاهدّها . وكذلك لو كان لها ولد من غيره ، لم يكن له أن يمنعها من
النظر إليه { لأن حق الزوج لا يوجب قطع الرحم بالمأمور بالصلة . فلذلك لم
يجز له منعها من النظر إليهم والتعاهد لأمرهم .

764 (١) لم يرد هذا الحديث في ولسنك . وكذلك لا ذكر له في ترجمة فاطمة بنت قيس
في ابن سعد ، ج ٨ ، ص ٢٠٠ - ٢٠٢ .

765 (١) ساقط من ف . (٢) ساقط من ف . (٣) ساقط من ف .

فصل

767

{ ولو فرض لها القاضى النفقة فضت أشهر أو سنون كان ذلك ديناً على الزوج ، سواء أنفقت من مالها أو استدانته من غيرها } . وهذا لا خلاف فيه بين الناس . وكذلك لو صالحت وهي معه على شيء معلوم بصير ديناً بالإجماع أيضاً . وأما إذا مات فإنها لا تأخذ من ميراثه لأن موضوعها للصلة ، ومعنى الصلة معدوم بعد الموت .

768 قال : { والقاضى لا يجوز أن يفرق بينهما إذا عجز عن النفقة } لقوله تعالى ﴿ وإن تعامرتن فاسترضع له أخرى ، لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق بما آتاه الله لا يكلّف الله نفساً إلا ما آتاه الله سيجعل الله بعد عسر يسراً ^(١) . فدلالة هذه الآية من غير وجه ، أحدها قوله تعالى ﴿ ومن قدر عليه رزقه فلينفق ﴾ فأمر بالإففاق بشرط الإقدار عليه . فإذا لم يقدر لم يلزمه الإففاق لعدم الشرط . والثانى // [٢١٦ ل] قوله تعالى ﴿ لا يكلّف الله نفساً إلا ما آتاه ﴾ فإذا لم يؤتم شيئاً لم تكلف الإففاق . والثالث قوله تعالى ﴿ سيجعل الله من بعد عسر يسراً ﴾ وهذا خارج مخرج الأمر بالصبر على العسر ^(٢) إلى أن ييسره الله تعالى . فمن أوجب الفاقة فقد عالج ما نذبه الله تعالى إليه . وأيضاً قوله تعالى ﴿ وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة ﴾ ^(٣) . فأمر كل طالب أن ينتظر يسار المطلوب ولا يخرج عليه على العموم ، فيدخل فيه إقداره أيضاً ، إما داخل في الماضى أو فى المستقبل ، فلا ينفرد بالسمة . فإذا كان كذلك لم يحصل إلا هذين القسمين ^(٤) ، ولا يجوز أن يفرق بينهما الماضى كما لا يجوز أن يفرق لسائر الدون ، ولا يجوز أن يفرق

768 (١) سورة العلاء ، ٦٥ - ٧ .

(٢) سورة البقرة ، ٢ : ٢٨ .

(٣) ل : للمسر .

(٤) كذا فى الأصل والمعنى غير واضح .

للمستقبل ، لأن النفقة للمستقبل لم تجب ، فلا يجوز أن يفرق لذلك . فإذا كان كذلك بطل وجوب الفرقة . وأيضاً فإن النفقة عندما تجب على وجه الصلة . وليس (٥) في الأصول (٦) فرقة تتعلق بالامتناع من الصلة .

فإن قيل ينبغي أن لا يُجبس لهذه العلة ولا يطالب بالنفقة أيضاً ، والجواب أن وجوب الحبس والمطالبة ثبت بالإجماع ، لولاه ما كنا نجبه . وأيضاً فإننا نفرض (٧) عليه النفقة (٨) ونأمر المرأة أن تستدين عليه ديناً . فإذا كان كذلك لم يكن فيه إسقاط حقها . فكيف نفرّق بينهما مع حصول حقها ؟ وقد بينا هذه المسئلة في غير هذا الموضع مستقصاة .

فصل

769

قال : { ولو صالحت المرأة زوجها على نفقة // [ف ١٠٧٩ أ] لا تكفيها ثم رافقته بعد ذلك إلى القاضي فإن القاضي يريد ما في النفقة حتى يبلغ بها ما يكفيها ، ويُبطل ذلك الصالح } . وذلك لأن المرأة لم تملك البراءة من هذه النفقة التي تجب لها في حال ما يبطل القاضي الصلح الأول ، لأن النفقة تجب بالتسليم ، والتسليم الأول لم يكن سبباً في وجوب النفقة في هذه الحال ، وإنما كان سبباً في وجوب النفقة في تلك الحال ، لأن نفقة الزوج تجب حالا بعد حال . فإذا كان كذلك لم تصح البراءة من نفقة لم تجب ، ولا وُجد سبب وجوبها // [ل ٢١٦ ب] بدلالة البراءة من سائر الحقوق أنها لا تصح إلا عند وجوبها أو وجوب سببها . فالعقد هو السبب الموجب للنفقة كعقد الإجارة هو سبب لإيجاب الأجرة ، فالجواب أن عقد النكاح عندنا لا يستحق به النفقة لأن نفقة الزوجة تجب على معنى الصلة والامتناع . وعقد النكاح لا يحصل به هذا المعنى . وإنما هو

(١) ل : نرو .

(٥) ساقط من ل .

(٧) يزيد في الأصل هنا : ونجسها .

سبب لإباحة الوطء وتمليك البضع ، فصار سبباً لوجوب المهر . كعقد الإجارة الذى هو سبب لوجوب الأجرة ، " وسبب وجوب النفقة " إنما هو التسليم دون العقد . وما يدل ذلك على أن العقد لا يجوز أن يكون سبباً لوجوب النفقة أنه يؤجل مع عدم وجوب النفقة ، وهو العقد على الرضيمة التى لا يصح منها التسليم . فإذا بلغت وصح التسليم منها ، وسلمت نفسها وجبت النفقة لها . فلو كان العقد سبباً لوجوب النفقة لم يصح وجوده مع عدم النفقة . كالمهر لما كان مرجباً بالعقد لم يصح عدمه مع وجود العقد . ولا يلزم على هذا . عقد الإجارة لأن العقد ثمة أيضاً لا يكون سبباً لوجوب الأجرة ، لأنه لو كان سبباً لوجبت الأجرة وإن لم يستوفِ المنافع . فلا يلزم على ما قلت . فإذا كان كذلك ثبت أن عقد النكاح لا يكون سبباً لوجوب النفقة ، وأيضاً لو كانت النفقة واجبة بالعقد لكان يحصل للبضع بدلان ، بدل مهر ، وبدل هو نفقة . وليس في الأصول تمليك بدلين عن مُبدل واحد . فإذا ثبت كون المهر بدلاً بالعقد وجب " أن يمتنع بثبوت بدل آخر أيضاً لعدم نظيره في الأصول فإذا كان كذلك وجب " أن لا تصح براءتها من النفقة التى تجب لها بعد الصلح ، لكون البراءة واقعة عملاً لم يجب بعد ، قياساً على البراءة من سائر الحقوق قبل ثبوتها . والمعنى الجامع بينهما وقوع البراءة عما لم يملك المشتري .

قيل للشيخ : فما الفرق بين هذه النفقة وبين نفقة المختلعة إذا خالها زوجها على نفقتها ؟ إن الخلع واقع ويبطل نفقتها . فامتنع من جواب هذا السؤال //

[١٢١٧] . ودافع السائل بأن هذا ليس موضعه حتى قرأ وأخذ من كتاب النكاح هذه المسئلة بعينها في الحلال ، وهى من مشكلات المسائل . فقال في التحصيل : إن نفقة المعتدة خير تلك النفقة التى تجب في حال الزوجية بدلالة أن سكنها غير السكنى التى كانت في حال الزوجية . ألا ترى أن لها أن تثبت

عن منزلها^(٣) في حال الزوجية وتنتقل // [ف ١٧٩ ب] مع زوجها إلى أي موضع شاء . وليس لها هذا في العدة ولا تبيت عن منزلها في الليل ؟ فإذا كان كذلك ثبت أن هذه السكنى والنفقة غير الذي كان لها في حال الزوجية . فإذا كان كذلك لم يخلُ من أن يكون سبب وجوب النفقة للفرقة أو تسليم نفسها في منزل زوجها . [ولا يجوز^(٤)] أن يكون السبب الموجب لها هو التسليم . ألا ترى أن المرتعة إذا بانّت من الزوج بالردة ثم تابّت تكون مسلمة نفسها ، لأن التسليم يصحّ منها ، ومع ذلك لا تستحق النفقة . وكذلك الأمة إذا طُلقت صحّ تسليمها ولا نفقة لها للعدة ، وإن هتكت أيضاً لوجود الفرقة غير موجبة^(٥) للنفقة . فقد بان لك أن التسليم لا يكون سبباً لوجوب نفقة المعتدة ، وجب^(٥) أن يكون السبب الموجب لها هي الفرقة . فهذا وجه . ومما يدلّك على هذا أن كلّ فرقة لم تتعلق بها وجوب النفقة لم^(٦) يجب لها بعد ذلك النفقة بحال . وكل فرقة تعلق بها وجوب النفقة^(٦) ثم طرأ عليها معنى يمنع وجوب النفقة ، إن النفقة تجب لها متى ارتفع ذلك المعنى . فن ذلك قالوا في الأمة التي قلنا إن زوجها إذا طلقها لم تجب عليه النفقة لوقوع الفرقة غير موجبة للنفقة ، لم تجب لها بعد ذلك النفقة صحّ منها التسليم أو لم يصح .^(٧) وكذلك للارادة لمّا لم يجب لها النفقة لوقوع الفرقة من جهتها بمعصية ، لم تجب^(٧) لها النفقة بعد ذلك أبداً ، تابّت أو لم تنب ، لوجود السبب غير موجب للنفقة . وقالوا في المطلقة إذا اردت ثم تابّت وجب لها النفقة لوقوع الفرقة موجبة^(٨) للنفقة ، فلا يرتفع ذلك الوجوب متى ما رجعت إلى حال العدة . وكذلك الناشئة بعد الطلاق متى ما رجعت لم تبطل نفقتها لوجود الفرقة الموجبة^(٨) لها . فقد بان لك

(٣) أي تبيت خارج منزلها .

(٤) في الأصل : ولا جائز .

(٥) ساقط من ل

(٦) ساقط من ل

(٧) ساقط من ل .

(٨) ساقط من ل .

أن السبب الذى تجب فيه نفقة الممتدة إنما هو الفرقة ، وأن النفقة متى لم تجب سقطت ، وأن التسليم لا تأثير له فى وجوب نفقة الممتدة متى لم تتقدمه الفرقة الموجبة للنفقة . فإذا صح أن نفقة الممتدة يتعلق وجوبها بالفرقة الواقعة من غير جهة المرأة بمحصية ، قلنا إن البراءة تصح منها مع وجوب السبب // (ل ٢١٧ ب ٢) [إذ السبب هو الفرقة بالخلع ها هنا . والبراءة منها شرط فى نفس الخلع . فيصح بدلالة البراءة من الرد بالعيب . والمعنى الجامع بينهما وقوع البراءة فى العقد الموجب للمهرأ منه ، لأن عقد الخلع ها هنا موجب للنفقة كما أن العقد ها هنا موجب للرد بالعيب . وكما صح البراءة من الرد بالعيب بنفس العقد صح البراءة من النفقة بنفس الخلع . والمعنى الجامع بينهما ما ذكرنا من وجوب السبب الموجب لما يقع منه البراءة . فهذا فرق بين البراءة من نفقة الزوجية وبين البراءة من نفقة الممتدة بالخلع على وجه الشرح والبيان .

وأما على وجه الاختصار فالفرق بينهما أن المختلعة أبرأت الزوج من النفقة عند وجود السبب الموجب لها . والزوجة أبرأته قبل وجود السبب الموجب لها . فإن قيل : فكلّم قلنا // [ف ١٨٠ ب] إن الخلع سبب ، والتسليم فى الزوجة ليس سببا براءة ما ذكرنا ؟ وإن قيل : أليس الناصر إذا امتنعت من تسليم نفسها فى منزل زوجها لم تجب لها النفقة مع وجود الفرقة ؟ فقد ثبت أن الفرقة ليست سببا لوجود النفقة . فالجواب أن الناصر قد وجب لها النفقة إلا أنها أسقطته بالشور . وليس يمتنع فى الأصول أن يجب الشيء لوجود سببه ثم يسقط فى الثانى لمضى آخر . ألا ترى أن النكاح يثبت لوجود المهر ، ومع ذلك فالرجل إذا زوج أمته من عبده جاز النكاح ويثبت المهر ثم يسقط عن العبد لأن المولى لا يثبت له على عبده دين . كذلك ما ذكرنا مثله .

فإن قيل : لو كانت الفرقة سببا لوجوب النفقة لسكان لها أن تبرئ الزوج منها بعد الفرقة أيعضاً لوجود السبب ، فالجواب ما مر .

770 قال الخصاص : { وكذلك إن فرض لها عليه القاضى نفقة وهو معسر ثم أيسر بعد ذلك ، زاد هذا القاضى على تلك الفريضة } . وذلك لما بينا أن النفقة تجب حالاً لحالاً ، فإذا أيسر في الحال الثاني فعليه نفقة المومنين لأن السبب الموجب لهذه النفقة هي الحال التي وجدت غير حال الاعتبار . //

[ل ٢١٨ أ] فذلك زاد في نفقتها .

771 قال : { وإن أبت المرأة أن تتحول مع زوجها إلى منزله أو إلى بلد آخر فلا نفقة لها } لأنها ناشز ولا نفقة للناشر على الزوج . وإنما كانت ناشراً لأن عليها أن تخرج مع زوجها وإن كان عقد النكاح وقع في هذا البلد ، من قبل أن عقد النكاح قد استحق عليها الكون في منزل زوجها ، وبدلالة قوله تعالى (أَسْكِنُوهُمْ مِنْ مَحِلٍّ سَكَنْتُمْ)^(١) . فإذا كان كذلك فللزوج أن يختار لنفسه أى منزل شاء ، ويجب عليها أن تتنقل معه حيث أتقل .

فصل

772

{ وإن كان لم يعطها مهرها فأبى أن يجيئه إلى ما أراد فلها النفقة } لأن المنع جاء من قبل الزوج ما هنا حيث لم يعطها مهرها ، فلها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض مهرها ، إذ المهر بدل البضع . وهذا قد ملك استباحة البضع ، فيلزم أن يحصل لها بإزائه تمليك المهر . ولا يتعين الملك لها إلا بالقبض ، كما قالوا في الثمن للبائع .

فصل

773

{ فإذا فرض القاضى لها النفقة فلم تقدر على قبضها بوجه من الوجوه فإن القاضى يأمرها أن تستدين عليه ، ويلزم الزوج ذلك } .

قال الشيخ : لا يلزم الزوج ذلك الدين لأنها هي التي تولت عقد المداينة ، ولكنها ترجع عليه بذلك ، أو يحال الغرماء عليه حتى تقبضها ، من قبل أن النفقة تصير ديناً بفرض القاضى بالإجماع ، فيصير هذا أصلاً في كونها ديناً وإن كان وجوبها عندنا على وجه الصلة .

قال : { وإن كان له مال حاضر أدى القاضى إليها من ذلك نفقتها } . والأصل في هذا حديث هند أن النبي عليه السلام أمرها بأن تأخذ من مال أبي سفيان ما يكفيها ويكنى ولدها بالمعروف^(١) . وهذا الخبر أصل في أن كل من له على آخر شيء فيقدر على أخذه من جلسته جاز له أخذه .

774 قال : { فإن كان عقاراً لم يبيع } [ف ١٨٠ ب] القاضى عليه عقاره في النفقة ولا في الدين عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يبيع القاضى عروضه وأمواله في النفقة والدين جميعاً .

قال الشيخ : هذا محمول^(٢) على أن الزوج حاضر . فأما إذا كان غائباً فلا يجوز للقاضى أن يبيع [ل ٣١٨ ب] عليه شيئاً من ماله ، وإنما يأمر المرأة أن تأخذ من ماله نفقتها إن كان في ماله جسد النفقة والكسوة ، وإن كان دراهم ودنانير حتى تنفق على نفسها . وإن كانت حنطة أو طعماً أذن لها في أخذ مقدار الكفاية . وكذلك الكسوة . فأما إذا لم يوجد من ذلك شيء فلا يبيع عليه شيئاً لأن فيه حكماً على الغائب ، ولا يجوز له أن يحكم على الغائب .

775 قال : { وإن اختلفت هي والزوج فقالت : هو موسر ، وقال الزوج : أنا معسر ، فالقول قول الزوج ، ويفرض عليه نفقة المعسر } ، من

773 (١) أنظر أعلاه رقم 750 ملاحظة ١-٢ .

774 (١) ساقط من ف .

قيل أن الأصل الإعارة . قال النبي عليه السلام «كل مولود يولد أحراراً ليس عليه قشرة ثم يرزقه الله تعالى ويمطيه»^(١) . فإذا كان الظاهر مع الزوج أنه غير مالك للملك فيكون القول قوله .

قال : { فإن أقلمنا البينة فالبينة بينة الزوجة } من قبل أن يثبتها تثبت النفي وبينة الزوج تنفيه ، فتكون المثبتة للنفي أولى من النافية .

776 قال : { فإن كفلاً كفلاً بنفقة كل شهر لم يجر إلا الشهر الأول } لأن «كل» يدخل فيه حال الزوجية وغيرها . وليس هذا حال كفالة بنفقة إنما لا تجوز أبداً .

777 قال : { فإن أعطاهما كسوة فهلك منها أو خرقتها قبل الوقت فليس عليه شيء حتى يأتي الوقت وإن مضى الوقت الذي لا تبقى في مثله تلك الكسوة فلها الكسوة وإن لم يتخرق ذلك } .

الأصل في هذا أن الكسوة لما صارت ديناً بفرض القاضى في ذلك الوقت فالاعتبار بالوقت دون الكسوة تخرقت أو لم تتخرق إذ المعنى الموجب لها وجود التسليم في ذلك الوقت أو وجود سببه إذا انضم إليه فرض القاضى .

قال الشيخ : وقالوا في نفقة ذى الرحم مثل هذا ، إذا ملك لا يفرض لها ثانياً حتى يمضى الوقت . روى هشام في نوادره^(١) أن ذا الرحم المحرم إذا «مُرقت»^(٢) النفقة أو ضاعت فاته يفرض لها ثانياً . إلا أنها مخالفاً من وجه آخر وهو أن^(٣) نفقة ذى الرحم المحرم لو بقيت بعد مضى الوقت لم يفرض له

776 (١) مسند أحمد بن حنبل ، ج ٣ ، ص ٤٦٩ : فإن الإنسان ثلاثة أمه أحرار ليس عليه قشرة ثم يرزقه الله من وجل .

777 (١) هو هشام بن عبيد الله الرازي ، فقيه حنفي أخذ عن أبي يوسف وعبد ، وتوفي سنة ٢٠٩ هـ .

(٢) ساقط من ل .

شئ آخر حتى تنفى تلك النفقة ، وفي الزوجة يفرض لها النفقة إذا مضى الوقت من قبل أن تنفق ذى الرحم يجب على [ل ٢١٩ أ] وجه الحاجة . ألا ترى أنه لو أسر سقطت نفقته ، والمرأة لا يجب نفقتها لهذا المعنى لأنها يجب مع كونها موسرة ؟ فذلك افتراقا .

ف قيل للشيخ لم لا يفرض لذى الرحم مرة أخرى إذا ضاعت ، إذ العلة في وجوبها هي الحاجة ؟ فقال : أرايت لو ضاعت له ثانياً أكنّت نفرض له مرة أخرى ؟ فإن كان ما يأخذه منه يجب عليه أن يعطيه أبداً ليس هذا هكذا . وإن [ف ١٨١ أ] كان على وجه الحاجة إنما عليه أن يعطيه مرة واحدة في كل مدة ، ويكون على وجه الحاجة ، فإن ضاعت يسأل الناس حتى يجيء وقت الفرض .

778 قال : { فإن أعطى الزوج نفقة سنة ^(١) أو أكثر أو أقل فانت المرأة في بعض السنة وذلك قائم فإنه ميراث لورثتها ، ولا يُرد على الزوج . وقال محمد : ينظر إلى ما مضى من الوقت فيكون قدر ذلك من النفقة والكسوة ميراثاً لورثتها ، ويرد الباقي على الزوج ، وإن كانت قد استهلكته صار ذلك القدر ديناً في مالها للزوج } . لأبي حنيفة وأبي يوسف أن تلك النفقة قد وقعت على وجه الصلة ، والصلات بعد الموت لا يجوز فسخها ، كما لا يجوز ابتداء الصلات بعد الموت . ألا ترى أنهم لم يختلفوا أن النفقة إذا كانت على الزوج فأت لم تصرف ديناً عليه في ماله لكونها صلة ، ومعنى الصلة لا يصح بعد الموت ؟ كذلك ما هنا قد وقعت النفقة على معنى الصلة . وفسخ الصلة بعد الموت لا يصح . فذلك لم يرجع [على] الزوج بشئ . وأما محمد فإنه جعلها بمنزلة دين قضاء على أنه عليه ، فإذا لم يكن عليه فله الرجوع ^(٢) فيه ، إلا أن

هذا أيضاً يوجب على أن يحصل ما لها عليه إذا مات أن يصير ديناً في ماله كسائر الديون .

779 قال : { ولا يقضى بالنفقة في مال أحد من يجب عليه النفقة إذا كان رب المسال غائباً خلا الوالدين والولد والزوجة } . أما الزوجة فالأصل فيه ما ذكرنا من حديث هند . وأما الولد فمثل الزوجة في النفقة . ألا ترى إلى قوله تعالى ﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين ﴾ (١) الآية ، ثم عطف عليه قوله // [ل٢١٩ب] ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ (٢) فسوى بين نفقة الزوجة والولد في الوجوب . فينبغي أن يجرى في الوجوب مجرى واحداً ما لم تقم دلالة التخصيص . وأما نفقة [الوالد] (٣) فلأن النبي عليه السلام قال في [الوالد] (٤) « أنت ومالك لأبيك » (٥) فلأب أن يأخذ من (٥) ماله ما احتاج إليه بقوله صلى الله عليه وسلم . فلذلك يفرض القاضي له النفقة . وأما الوالدة فهي مثل الوالد . والوالد إن يأخذ من ماله من النفقة مقدار كفايته ، أو يفرض القاضي ، كانت الأم إلى أخذه أولى . ولا يلزم على هذا بيع الوالد من ماله سوى العقار بالنفقة إذا كانت دون الأم على قول أبي حنيفة ، لأن الأب إنما اختص هناك بالبيع لأن له ولاية التصرف ، بما ليس للأم . ووجوب النفقة ليس من الولاية في شيء ، لأن الولد الصغير يجب على الأب النفقة [عليه] ولا ولاية في مال الأب ولا في مال نفسه أيضاً . وكذلك غير الأب ممن يجب له النفقة على الغير لا تصرف له في ماله مع وجوب النفقة . فقد بان لك أن وجوب النفقة لا تعلق لها بالولاية .

779 (١) سورة البقرة ، ٢ : ٢٣٣ .

(٢) سورة البقرة ، ٢٣٣ .

(٣) في الأصل : الولد .

(٤) مسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ١٧٩ . أنت ومالك لوالدك

(٥) ساقط من ل .

780 قال : { وأما سوام فلانما // [ف ١٨١ ب] لم يكن للقاضي أن يفرض لهم النفقة لأنه قد ثبت عندنا بطلان القضاء ^(١) على الغائب { . وفي فرض النفقة لمؤلا . حكم على الغائب . فلذلك أبطلنا فرض القاضي لغير من ذكرنا من الوالدين والولد والزوجة . فجوزنا فرضه لمؤلا للدلائل التي ذكرناها . وتجب لمؤلا لأن النفقة على الرجل [أ] كانوا كفاراً وهو مسلم فلا تجب لغيرهم النفقة عليه . أما نفقة الزوجة فلا خلاف بين الناس في وجوبها . وأما نفقة الولد الصغير فهو مثل نفقة الزوجة لما بينا . إلا أنه ليس يتحصل صغيراً كافراً وأبوه مسلم . وليس يحمى من الإبن الكبير أيضاً وإن كان ذمياً لأن نفقة هذا لا تلزم الأب المسلم . فمسئلة الولد ليس تتأني في ولد الصلب [لحسب] وتتأني في ولد الولد ، وهو مثل الولد من الصلب إذا كان صغيراً وأبوه ميت أو فقير أو كافر كزمن . وأما نفقة الوالدين فوجوبها ثابت ^(٢) بقوله تعالى ﴿ وَإِنْ جَاهِدَاكَ عَلَى أَنْ تُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا وَصَاحِبَيْهُمَا فِي الدُّنْيَا // [ل ٢٢٠ أ] مَعْرُوفًا ۝ ﴾ ^(٣) فأمر بمصاحبتهم بالمعروف مع كونهما كافرين .

مسئلة

781

{ وقال أبو حنيفة : إن باع الوالد من ^(١) متاع ولده وهو كبير غائب فأنفق ذلك على نفسه وهو محتاج إليه أجزت ذلك استحساناً . فأما المقار فإنه لا يجوز بيعه فيه . وقال أبو يوسف وعمر : لا يجوز بيع الأب بشيء من ذلك { . وجه القياس وهو قول أبي يوسف وعمر أن الكبير لا يؤول عليه ، فلا تثبت للأب ولاية التصرف في ماله . فلذلك لم يجوز . ووجه

(٢) ساقط من ل .

780 (١) ف : القاضي .

(٣) سورة النعمان ، ٣١ : ١٥

781 (١) ساقط من ل .

الاستحسان أن النبي عليه السلام قال : أنت ومالك لأبيك ، ، لم يخل من أن يكون المراد به إثبات مال ابنه^(١٢) ملكاً للأب ، لأن هذا يوجب منع الإبن من التصرف في ماله تصرف الملاك . ولا خلاف بين الناس في جواز تصرفه في ماله تصرف الملاك في أملاكهم من الوطء لجواربه وهنق مآليكه وجواز الإيسار والتصرف فيه بالمعروف على حسب مراده ، ثبت أن المراد به إثبات حق الأخذ من ماله عند الحاجة . فوجب أن يجوز أخذ ماله وبيعه لينفق على نفسه بهذا الخبر . فهذا وجه . ووجه آخر وهو أن الأب كان له ولاية التصرف في مال الإبن في حال الصغر ونقل ماله إلى ملكه بالبدل . فلما بلغ الصبي وملك أمر نفسه زالت ولاية التصرف في ماله . ولم تزل ولايته في الأخذ عند الحاجة . فذلك جاز بيع سوى العقار . ولا يلزم على هذا جواز أخذ الأم من ماله في حال الصغر والكبر عند الحاجة . ومع ذلك لا يجوز بيع ماله للنفقة من قبل أن الأم لم يكن لها ولاية التصرف في حال صغره أيضاً ، فلا يكون لها ولاية التصرف في حال الكبر . فلئما كان أخذ ما تحتاج إليه من ماله عند الحاجة حسب . فأما التصرف فلئها لا تملك . وأما الأب فلأن له ولاية باقية عند الحاجة . فذلك افترقا .

وعما يوضح لك هذا أنهم قالوا في الأب إذا استولد جارية الإبن تكون //

[ل ٢٢٠ ب] أم ولده لأنه كان له ولاية النقل بالبدل ، فلا يجوز تلك الولاية بالبرغ . وكذلك ما هنا // [ف ١٨٢ أ] لما كانت له ولاية التصرف والأخذ عند الحاجة لم تزل تلك الولاية ، ويلبى أن يكون هذا في ابتداء هذه العلة — إنه كان له ولاية التصرف في ماله لأجل النفقة عند الحاجة بتغير بدل يلزمه بدلالة أن الأب إذا كان فقيراً وللصغير مال ، جاز له أن يبيع من ماله ما شاء ، ويتفق على نفسه وعلى الصغير . فإذا بلغ الصبي وزالت ولاية الأب

في التصرف في ماله لم يوجب زوال تلك الولاية عند الحاجة ، كما لا تزول ولايته عندهم جميعاً في نقل الجارية التي استولدها بالقيمة لوجوبها في حال الصغر . وأما العقار فإنما لم يجز بيعها لأنه قد ثبت ولاية التصرف في غير العقار لمسكن لا ولاية له في التصرف في العقار . ألا ترى أن وصي الأب يجوز له ^(٣) بيع ما عدا العقار على الكبير الغائب ؟ فكذلك وصي الأم والأخ . كذلك ما هنا يجوز أن يثبت للأب ولاية التصرف ^(٤) في غير العقار وإن لم يجر تصرفه في العقار . فأما بيع الأم لذلك في نفقتها فلا يجوز في قولهم من قبل أن الأم لا ولاية لها في التصرف على الكبير كما لم يكن لها ولاية في حال الصغر .

782 قال : { ولو كان في يدى الوالدين مال لولدهما فأنفقا منه وهما محتاجان إليه لم أخذهما ذلك } ، لأن لها أن يأخذ من ماله مقدار الحاجة كما بينا فلا يلزمهما ضمان ما كان لها أخذه .

قال : { فإن كان المال في يدى أجنبي فأعطاهما من ذلك قدر ^(١) نفقتهما بغير أمر القاضى كان ضماناً لهما أعطاهما من ذلك المال } ، من قبل أنه لم يكن مالاً للدفع وإن كانا يملكان أخذ مال الإبن للنفقة . ألا ترى أن الغريم يملك أخذ مثل الدين من مال الذى عليه ، ومع ذلك لو أن رجلاً أخذ من مال الذى عليه الدين مقدار الدين ودفع إلى الغريم الطالب ، وجب عليه ضمان ما أخذ لكونه غير مأور بالدفع . كذلك ما ذكرنا مثله . ولا يشبه هذا أحد // [ل ٢٢١] الوصيين إذا قضى دين الغرماء لم يضمن شيئاً لأن له ولاية التصرف مع صاحبه . فإذا فعل ما قد استحق عليه قبضه لم يضمن . وفى مسئلتنا ليس للمودع ولاية فى دفع النفقة ، ولذلك أفرقنا .

(٤) ساقط من ف .

(٣) ساقط من ف .

783 قال : { والعبد إذا تزوج حرة يأذن مولاهُ يُجبر على نفقتها، وتكون النفقة ديناً في عتقه إذا فرض ذلك } ، من قيل أن المعنى الموجب للنفقة على الحر للزوجة موجود ما هنا، وهو التسليم .

قيل للشيخ : أليست نفقة الزوجة تجب على وجه الصلة فينبغي أن لا يلزم العبد لأنه لا يملك الصلة ؟ فقال : إن العبد وإن لم يملك الصلة "فالمولى يملكها" كما أنه لا يملك عقد الزواج ، وإنما المولى يملكه . إلا أنه يصير مالكا للمقد يأذن المولى ^(١) . كذلك يصير ممن تلزمه الصلة يأذن المولى . وكما لا يملك التصرف في المال ولا يلزمه بقوله شيء في المال ، ثم إذا أذن له مولاه في التصرف ^(٢) كان إقراره بالدين صحيحاً ^(٣) ويلزمه في عتقه ويبيع به . كذلك ما ذكرنا من الصلة ، وإن لم يكن يملكها . فإذا أذن المولى له في الشكاح يلزمه كما يلزم الحر .

784 قال : { وإذا كان أحد الزوجين صغيراً أو هما جميعاً ، فلا خيار // [ف ١٨٢ ب] في وجوب النفقة للمرأة دون الرجل فإن كانت بحال تصلح للجماع وجبت النفقة إذا سلطت نفسها في بيت زوجها سواء كان زوجها صغيراً أو كبيراً بالناً } . وذلك لأن المعنى الموجب للنفقة هو تسليم نفس المرأة في بيت زوجها ، صح من زوجها الجماع أو لم يصح . ألا ترى أن المحبوب تلزمه النفقة مع عدم الوطء . وكذلك المريض المضى تلزمه النفقة مع عدم الوطء والاستمتاع من جهته في هذه الحال ؟ فإذا كان كذلك وجب أن تكون النفقة في مستلثنا أيضاً واجبة ، وإن كان معنى الوطء والاستمتاع معدوماً من جهة الزوج . وأما معنى الصلة // [ل ٣٢١ ب] فأنها لا تمنع وجوب النفقة في مال الصغير ، وإن لم يكن للآب أن يدفع مال الصبي على وجه العتلة والمعروف

لأحد، من قبل أن هذه النفقة قد جرت في الوجوب مجرى سائر الديون إذا فرض القاضي بالإتفاق، فينبغي أن تلزم العصى أيضاً . .

قال الشيخ : وما يدل على هذا أن البضع لا قيمة له ومع ذلك للأب أن يلزم الصغير مالا بتمليك البضع . كذلك هذا . قيل له : إن البضع له قيمة في دخوله في ملك الزوج . فقال : أليس لم يكن له قيمة قبل ذلك ، وجاز للأب أن يعقد عليه^(١) ويجعل له قيمة بالعقد ؟ كذلك ها هنا . وإن لم يجوز أن يلزم العصى مالا بغير بدل جاز له أن يلزمه على وجه العقد . ألا ترى أنه لو أن يلزمه نفقة المالك وإن لم يكن بأثاثها بدل لما يعود نفعه إليه في الثاني . كذلك نفقة الزوج مثله .

785 باب نفقة المطلقة

ذكر في صدر هذا الباب أحاديث عن التابعين ثم قال حقها : { وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو واحدة بائنة فلها النفقة والسكنى على زوجها ما دامت في العدة } . وقد مر هذا في غير موضع .

786 قال : { وإذا ادّعت حبلاً أنفق عليها ما بينها وبين سلتين من يوم طلقها } ، لأن القول قولها في انقضاء العدة ، فصار قولها . كبيتها ، فلذلك تستحق النفقة ، ما لم تقرر بانقضاء العدة . { وكذلك لو زاد على أكثر من سلتين وقالت : ظلمت أنه حبلى ، والآن هذا رجب ، وإني لم أحضر بعد كان القول قولها في انقضاء عدتها وإن طالت } ، لتكون^(١) قولها كالبينة في انقضاء العدة لقوله تعالى ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهَا أَنْ يَكُنْ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِ ﴾^(٢)

784 (١) سابقاً من له .

786 (١) في الأصل : ليسكون . (٢) سورة البقرة ، ٢ : ٢٢٨

روى في التفسير أن المراد به الحيض والحبل . وذكر ببقية الباب مسائل النكاح ففكرها إعادتها .

787 قال : { والمعلقة الصغيرة // [٢٢٢] المدخول بها إذا حاضت بعد معنى المدة فعدتها الحيض } ، وذلك لقوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ ^(١) وهذه مطلقة وإن كان الطلاق قد تقدم الحيض فيلغى أن تكون تحت العموم .

788 باب نفقة الصبيان

ذكر { حديث الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس في قوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ثم قال ﴿ لا تضار ﴾ // [ف ١٨٣] والدة بولدها ^(١) قال : لا تضار [هنا] ^(٢) فينزع ولدها منها عند عزمها على الفرقة ولا مولود له بولده ^(٣) .

قال : { لا تضار هي فتلقى الولد على الأب ﴾ وعلى الوارث مثل ذلك ﴿ فلا يضار ﴾ . فأفادتنا هذه الآية التي ذكرها ابن عباس ستة أوجه : أحدها أن أجر الرضاع على الوالد ، بقوله ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ والثاني أن أجر الظئر يجوز أن يكون كسوة وطعاماً مجهولاً على ما ذكر في الآية ، والثالث أن الأب لا يشارك أحداً في نفقة الصغير ، والرابع أن نفقة الصغير تجرى مجرى نفقة الزوجة ^(٤) لاستوائهما في الوجوب بالآية ، والخامس أن الأم أحق بالولد مادام صغيراً لقوله تعالى ﴿ لا تضار والدة بولدها ﴾ على

787 (١) سورة البقرة ، ٢ : ٢٢٨

788 (١) سورة البقرة ، ٧ : ٢٣٣

{ (٣) المعنى غير واضح .

{ (٢) في الأصل تضارها .

{ (٤) ساقط من ل .

ما فسر ابن عباس ، والسادس أن ما عدا الأب لا يلزمه نفقة الصغير على قدر الميراث بقوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ (٥) لأن ما قاله ابن عباس لا يمنع ما قلنا ، إذ العطف جائز أن يكون على النفقة والمضاربة جميعاً ، فيكون على الأمرين .

قال الشيخ : وهذا المعنى ، يعني قوله تعالى ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ يدل على أن الأب لا يشارك في نفقة الصغير لأن حكم المعطوف يلغى أن لا يكون غير حكم المعطوف عليه . فلما كانت النفقة // [ل ٢٢٢ ب] على الورثة بقدر الميراث وجب أن [ما] يكون على الأب لا يكون على وجه الميراث ، وأن تلزمه كلها من غير اعتبار الارث . وذكر بعد هذا أحاديث عن بعض التابعين كرهنا ذكرها خوفاً من الإطالة .

789 قال : { فإن أرادت الزوجة أن تأخذ أجر^(١) الرضاع الذى يعطى الزوج الظئر على أن ترضع هى ولدها دون الظئر لم تستحق الأجر } ، من قبل أن النفقة لا يهرز أن تستحقها من جهتين ، إذ أجرة الرضاع نفقة أيضاً ، وهى مستحقة لنفقة الزوجية فلا تستحقها لأجل الرضاع أيضاً . الا ترى أنها لو أجرت نفسها لخدمة البيت لم تستحق الأجرة ، لأن العادة قد جرت أن النساء يخدمن فى البيت ويرضعن صبيانهن بنير أجرة ، فلا يهرز نقص العادة وإيجاب الأجرة مع كونها مستحقة للنفقة . وكذلك روى عن النبي عليه السلام أنه جعل^(٢) خدمة البيت على فاطمة ، وخدمة الخارج على علي عليه السلام .

قال : { ولا يشبه أجرة الرضاع أجرة الرعى ، لو استأجرها للرعى استحققت الأجرة } ، لأن العادة لم تهرى الرعى للنساء للأغنام . فإن كان كذلك جازها أن تستحق النفقة عليه .

(٥) سورة البقرة ، ٢ : ٢٢٢

(٢) ساقط من ل .

789 (١) ساقط من ل .

790 قال : { ولو كان طلقها طلاقاً بائناً أو ثلاثاً وهي في العدة لم يكن لها أن تأخذ أجره الرضاع على هذه الرواية } . ووجهها ما ذكرنا في الزوجية . وروى رواية أخرى أن لها أخذ الأجرة كما كان لها أخذها عند انقضاء العدة ، والمعنى الجامع بينهما كونها غير زوجة للمؤاجر ، فقد حصل السلام في ثلاثة مواضع في هذه المسئلة : لم يجر أخذها قبل الفرقة بلا خلاف ، وبعدها على اختلاف الرواية ما دامت في العدة ، "وبعد انقضاء العدة" فلا خلاف أن لها أخذ الأجرة .

قال : { فإن طلبت أجر الرضاع بعد انقضاء حدتها } [ف ١٨٣ ب] ففى أحق بها من غيرها { ، وذلك لقوله تعالى { فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن } ^(١) . وهذه قد رضيت بأن ترضع له ، فعليه أن يعطى أجرتها لعموم الآية . وأيضا فإنه قال { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف } . فأوجب عليه أجر الرضاع . ^(٢) وكذلك قوله ^(٣) { وإن تعاسرتم } فطالبته المرأة [ل ٢٢٣ أ] بنفقة كثيرة وهو يحد بدونها ظئراً فله أن لا يعطيها ويكفى له ظئراً لقوله تعالى { وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى } ^(٤) .

791 قال ^(١) : { وأما الولد الذي قد خرجوا من حد الرضاع فإنه يفرض لهم نفقة بقدر حاجتهم وعلى قدر طاقة أبيهم } ، لأن هذه تجب على قدر الكفاية عند الحاجة . ألا ترى أنهم لو كان لهم مال لم يلزم الأب شيئاً ؟

قال : { وإن كان للصبي ^(٢) مال فنفقته في أموالهم } ، لما بينا أن وجوبها لأجل الحاجة ، والحاجة مرتفعة هاهنا .

(٢) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٦

(٤) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٦

780 (١) ساقط من ل .

(٣) ل : للوالد .

791 (١) ساقط من ل .

(٢) كذا في الأصل . والصواب : للصبي .

قيل : ليس قد قال الشيخ أن نفقة الصغير تجرى مجرى نفقة الزوجة في الوجوب^(٣) ، فقال : إذا وجبت ، فأما إذا لم تجب فلا . وها هنا لم تجب النفقة أصلاً . فكيف تجرى مجرى نفقة الزوجة ؟ وهذا إنما قال الشيخ في نفقة الكافرين الأبوين ، والزوجة الكافرة ، والولد الكافر ، لأن المسلم يلزمه نفقة هؤلاء كلهم . وبين الحجة فيهم خلا الولد فقال : نفقة الولد تجرى مجرى نفقة الزوجة في الوجوب . واستدل بقوله تعالى ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ ، فأوجب النفقة للصغير بهذا المعنى ، وجب أن يكون ها هنا أيضاً ما يرجعها ، وإن كان للصغير مال ، كما يوجب نفقة الزوجة مع كونها غنية . { فإن فرض للقاضي نفقة للأولاد فأهرس الأب أو ظأب أو امتنع من النفقة عليهم فاستدانت المرأة بأمر القاضي ، فإن لها أن ترجع بها على الأب كما قلنا في نفقة الزوجة .

قال : { وإن لم تكن استدانت عليه ، ولكنهم كانوا يأكلون من مسألة الناس لم ترجع على الأب بشيء . } ، وذلك لما بينا أن هذه النفقة يجب لأجل الكفاية ، وهم مكفون فيما قد مضى وتقضى فلا ترجع على الأب بشيء . { فإن كان الأولاد قد بلغوا مبلغا يقدرون على الكسب فانهم يكسبون وينفق عليهم مقدار الحاجة . وما بقى يحتفظ به لهم ويحبسه عليهم إن كان الأب لا يؤمن^(٤) على ذلك . }

782 قال : // [ل ٢٢٣ ب { فإن كانت الأم متعضية المدة وقد احتاجت إلى النفقة جاز أن ينفق عليها من كسب ولدها { لأن حقها في مال الإبن يثبت عند الحاجة لما بينا فيما تقدم . فلا فرق بين كون الإبن صغيراً أو كبيراً . فأما نفقة الإناث من الأولاد فعلى الأب والأم على قدر الميراث . وكذلك نفقة الذكور

(٣) أنظر أعلام بكرة 779 .

(٤) في الأصل : يأمن .

الزَّمَنَ وقد بلغوا مبلغ الرجال . روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف عن
أبي حنيفة^(١) أن الذي خص الله تعالى الوالد به دون غيره من الورثة نفقة
الرضاع . وهذا خلاف ما قال محمد في الأصل . وذلك أنه قال : إن نفقة الكبير
على الأب إذا كان زِمْنَا .

قال الشيخ : ورواية محمد أصح لأن الصغير والكبير قد تشاركا في معنى
الولادة^(٢) ، والزمن بمنزلة الصغير فيبني أن تكون نفقته على الأب خاصة ،
فقسنا عليه حال الصغير لأن حكمه في جميع الأحكام . فإذا بلغ زال ذلك الحكم
لأنه يصير مكلفا وحكمه يكون مخالفا . فذلك اقترقا .

793 باب النفقة على الأبوين وعلى ذى الرحم المحرم

قال : { ولا يجوز أن يجبر أحد على نفقة الرجال إلا أن يكون [الطالب]^(١)
للفنقة زِمَانَةً ، غير الأب والجد . فإن الولد يُجبر على نفقتهما ، كان الجَد من
الأب أو الأم ، وإن علا . وكذلك الجدات من قبل الأب والأب جميعا } .
أما الأب فلقوله عليه السلام : أنت ومالك لأبيك^(٢) . وقد بينا حكم هذا
فيما تقدم . وأما الأجداد والجدات من قبله فلأن [الجد أن]^(٣) قال النبي عليه
السلام : الجد أب من لا أب له^(٤) . فإذا كان الاسم يتناولوه ومعنى الولاد
موجود من جهته صار مثل الأب لوجود الاسم ومعنى الولاد . وكذلك سائر
الأجداد . وأما [ل ٢٢٤ أ] الجد من قبل الأم فكذلك أيضا لأن معنى الولاد

792 (١) مزيد في ف ، ل هنا : ذلك . (٢) أنت 'الولد' .

793 (١) في الأصل بالطلب .

(٢) قابل مستند أحمد بن حنبل ، ج ٧ ، ص ١٧٩ : أنت ومالك لوالدك . . .

(٣) في الأصل : الجدات .

(٤) قابل مستند أحمد بن حنبل ، ج ٤ ، ص ٤ .

من جهته أيضا موجود . ألا ترى أن النبي عليه السلام كان يقول للحسن والحسين : أبنائي ، وإن لم يكن أبا في الحقيقة لوجود معنى الولاد من جهته . فهذا المعنى يعتبره في هذه المسئلة قياسا على الأب والأم ، وهو معنى الولاد .

794 قال : { ويُجبر الرجل^(١) على نفقة كل امرأة ذات رحم محرم منه^(٢) إذا كانت محتاجة } . والأصل في هذا نفقة الأم . والمعنى فيه كونها واردة ذات رحم محرم منه^(٣) . وهذا مشروح في تعليق كتاب النكاح .

795 قال : { ولا يُجبر المسلم على نفقة أحد من أهل الذمة غير الوالدين والولد - يعني الصغير ، فأما الكبير فلا يلزمه وإن كان كرما والزوجة } . وقد بينا هذه المسئلة فيما تقدم . والأجداد والجدات وإن علوا بمنزلة الأب والأم . وكذلك ولد الولد ، وإن سفلوا ، فهم مثل ولد الصلب في وجوب النفقة . وهذه المسئلة في الولد من الصلب لا تنافي لأن الولد الصغير لا يجوز أن يكون كافرا^(١) "واحد أبويه" مسلم . فإذا كان كذلك فإسلام الأب يوجب للصغير الإسلام ولا يكون كافرا^(٢) [بل^(٣)] ولد الولد يجوز أن يكون كافرا^(٤) والجد مسلما لأن الولد لا يكون مسلما بإسلام الجد .

قال : { وكذلك الذي يُجبر على نفقة الوالدين والولد من المسلمين كما يجبر المسلم على نفقتهم إذا كانوا كافرا . وما عداهم لا يجبر على نفقتهم إذا اختلفت أديانهم } . وذلك أن نفقة الوالدين والولد لا يتعلق وجوبها بالإرث . ألا ترى أن الأم واردة مع الأب ، والأب يختص بوجوب نفقة الولد الصغير . وكذلك الابنة يلزمها نفقة الأب والأم وإن كان معها وارث كأخت الميت وأخيه ، لأن نفقة هؤلاء لا يتعلق وجوبها بالإرث . كذلك مسئلتنا لا يعتبر في وجوب

(٢) ساقط من ل .

794 (١) ساقط من ل .

(٢) في ف ، ج : يل . وفي ل : بين .

795 (١) ل : وجد أبوه .

النفقة على الرجل لهؤلاء إلا بثبوت حق الميراث فيما بينهم . فأما نفقة الولد الكبير فلا تلامه // [ل ٢٢٤ ب] وإن كان زمناً ، لأن وجوب نفقته متعلقة بالإرث كسائر ذوى المحارم من القسب // [ف ١٨٤ ب] . وأما نفقة الصغير فمثل نفقة الزوجة ، فكما لا يُعتبر وجوب نفقة الزوجة بالإرث ، كذلك نفقة الصغير استدلالاً بنفقة الرضاع ، لأن فيها نفقة الزوجة والولد جميعاً ، وخص الولد بالوجوب دون سائر الناس .

796 قال : { ولو أن رجلاً محتاجاً وله ابنان أحدهما موسرٌ مكثّر والآخر متوسط الحال كانت عليهما ، يحصل من ذلك على الموسر المكثّر أكثر مما جعل على الآخر } .

واستبعد الشيخ هذه الرواية . قال : وهذا عندي قالة من جهة رأيه ، لا من رواية عن أصحابنا . ووجه ما قال أن وجوب هذه النفقة متعلقة على قدر اليسار . ألا ترى أن أحدهما لو كان معسراً والآخر موسراً إن النفقة على الموسر دون المعسر . فكذلك إذا كان أحدهما أكثر يساراً من الآخر فالنفقة على قدر يساره . وكذلك قال الله تعالى ﴿ لِيُسْفَقَ ذُو سُوءٍ مِنْ سَعَتِهِ ﴾ ^(١) وقال ﴿ على الموسر قدره وعلى المقتر قدره ﴾ ^(٢) .

797 قال : { ولو أن مسلماً له ابنان أحدهما مسلم والآخر ذمي وهما موسران فالنفقة عليهما جميعاً } لما بينا أن وجوب نفقة الولد لا تتعلق بالإرث وإنما تتعلق بالولاد . وقد تساوى فيه .

قال : { ألا ترى أنه لو كان له ابن وبنت موسران فالنفقة عليهما نصفين } ، والعملة في هذا أيضاً ما ذكرنا من سقوط اعتبار الإرث وتساويهما في معنى الولاد الموجب للنفقة .

798 قال : { ولو أن امرأة لها ابن موسر والام محتاجة ولها زوج وليس هو أبا الابن ، والزوج معسر ، كانت نفقتها على زوجها ، إلا أنه يأمر الابن أن يقرضها على زوجها ، فإذا أيسر الزوج رجع عليه بما أقرضها { ، لأن هذه النفقة لا يشارك الزوج فيها أحد ، لأنها تجري مجرى العوض ، وإن كان وجوبها على وجه الصلة . والزوج قد يخص بحصول العوض له دون غيره . فلذلك يلزمه النفقة دون غيره .

قال : { وروى عن الحسن بن زياد أن الابن يجبر على أن يقرضها إن أبي ذلك } // [٢٢٥ أ] لأن الزوج إذا كان فقيراً فهو بمنزلة الميت ولا يشارك الولد أحد في نفقة " الوالدة سواء كان الولد ذكراً أو أنثى وإن سفلوا . وكذلك الآباء وإن علوا فالنفقة " على الأولاد لا يشاركهم أحد في النفقة لأنهم متساوون في معنى الولاد .

قال : { ولو أن رجلاً فرض له القاضى نفقة وكسوة على ابنه ، فأصلاه نفقة شهر وكسوة سنة ، فصاع ذلك منه ، فطلب من ابنه نفقة وكسوة ، فإنه يجبر على أن يكسوه أيضاً ويعطيه نفقة إذا كانت قد ذهبت { . ولا يشبه نفقة الوالد من الزوجة " وسائر ذوى الرحم المحرم ، إن النفقة إذا ضاعت لا تفرض لها ثانياً حتى يمضى الوقت ، من قبل أن الوالدين لها حق في مال الوالد . قال النبي عليه السلام : أنت ومالك لأبيك ، لجعل ماله للأب . والمراد به ثبوت حقه عند الحاجة ، أى وقت احتاج إليه ، وهذا المعنى غير موجود في غيرهما ، // [ف ١٨٥ أ] فإذا أعطى مرة لم يلزمه مرة أخرى حتى تمضى المدة .

799 قال : { ولو كان الأب محتاجاً وله ابن كبير فطلب منه نفقة ونأزعه

798 (١) ساقط من ل .

(٢) هكذا في الأصل . ولعل الصواب : نفقة الرجل لزوجته . راجع لقرة 777 .

في ذلك إلى القاضي ، فقال الابن للقاضي : أنا فقير وما عندى ما أنفق على أبى ، فإن القاضي لا يجبر الابن على النفقة على أبيه إلا أن يعلم أنه مصطنع^(١) . الأصل في هذا أن الولد إذا كان فقيراً لم يجبر على أن يكسب وينفق على الوالد ، إلا أنه إذا اكتسب وفعل شيء من قوته يؤمر بأن ينفق على الوالد . وإن لم يفعل شيء فهو أحق به من الوالد . وذلك لقوله عليه السلام «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول»^(٢) ، ولما روى أن رجلاً كان معه دينار فسأل النبي عليه السلام عن ذلك ، فقال «عليك بنفسك ثم أمك ثم أبيك ثم الأدنى فالأدنى»^(٣) . فقد بين أنه أولى بما في يده من غيره . وروى عن بعض الناس أن الولد يجبر على أن يكسب وينفق على الوالد ، واحتج بما روى عبد الله بن عمر ، قال : «مروى عن الخطاب رضي الله عنه : لو أصابت الناس سنة^(٤) لأدخلت على كل بيت حتى يأسون فيما يأكلون فإنهم إن أكلوا شيئاً وإن كان لا يشبع وأكل نصف الرجل لأيمك . وهذا عندنا // [ل ٢٢٥ ب] ليس على الوجوب ، وإنما هو على المؤاساة لما بيننا في الابن . إلا أن الابن إذا كان يقدر على أن يكسب لنفسه وللأب جميعاً فإن القاضي يفرض عليه نفقة الوالد ، لأنه قادر على الإتيان كما يفرض عليه لو كان له مال .

800 قال : { وإذا كان للابن زوجة وأولاد صغار ، فطلب منه الأب نفقة وقدمه إلى القاضي ، فقال الابن : إنه لا مال لي وإنما اكتسب بقدر قوتي وقوت زوجتي وولدي ، فقال الأب : أدخلني في [كسبه]^(١) معه وزوجته

799 (١) ف : معلوم .

(٢) قابل مستد أحمد بن حنبل ج ٢ ، ص ٤ : ابدأ بمن تعول .

(٣) قابل مستد أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ٢٢٦ : اليد العليا أملك وأبوك وأختك وأخوك وأدناك أدناك .

(٤) أى جذب .

800 (١) كذا في ج . وفي ف ، ل : كسبه .

وولده واجلني كأخدم ، والآب من لا يقدر على الاكتساب ، فإن الابن يجبر على ذلك ويصير كأحد العيال الذين ينفق عليهم } ، وذلك لقول النبي عليه السلام : أنت ومالك لأبيك . - لجعل الآب أحق بنفسه وماله من غيره . ولقوله عليه السلام : إن أطيّب ما يأكل المرء ^(٢) من كسبه ، وإن الولد من كسبه ^(٣) . ولقوله عليه السلام : كلوا من كسب أولادكم ^(٤) .

وأما إذا كان الابن وحده فإنه يكون أولى بكسبه من الآب إلا أن يفعل عن قوته شيء ، من قبل أن النبي عليه السلام لم يجعل الآب أحق به من نفسه ، بل جعل نفسه أحق بما يكسبه من غيره ، لقوله عليه السلام : نفسك ثم الأم ثم الآب ثم الأدنى ، ولقوله : إبدأ بنفسك ثم بمن تعول .

فإن قيل : فقوله : أنت ومالك لأبيك ، ظاهره يوجب أن يكون الآب أحق بنفسه منه ، قيل له : ليس كذلك لأن المراد به أن الآب أحق بماله من سائر الناس ، لا أنه أحق بنفس الابن من الابن . ألا ترى أن الآب لا يكون أحق بمال الابن من الابن ، بل الابن أولى من الآب . وإنما المراد به أن الآب أولى بماله من سائر الناس . كذلك نفسه : الابن أولى بها ، ثم الآب .

801 قال الخصاف : { ألا ترى أن الإبن لو كان له ولد من امرأة أخرى فانفق على ولده من تلك المرأة وترك ^(١) الولد الآخر لم يُنفق // [ف١٨٥ب] عليه ، لم يترك ذلك وأجبر على النفقة عليه معه } .

(٢) ف : الرجل .

(٣) مسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ١٧٩ : أنت ومالك لوالدك . إن أطيّب ما أكلم من كسبك ، وإن أموال أولادكم من كسبك ، فكلوه حينئذ .

(٤) أنظر ملاحظة ٣ .

801 (١) ل : وتولى .

802 قال : { ولو أن امرأة لها مسكن تسكنه وخادم يغدما ومتاع يسترها ولا فضل في شيء من ذلك ، ولها أخ موسر أو رجل ذو رحم محرم // [ل ١٢٦ أ] فيكسب ما يفضل عنه وعن حياله ، فطلبت الأخت منه النفقة وقدمته إلى القاضي في ذلك ، فإن القاضي يجبر ذا الرحم المحرم على النفقة عليها أختاً كان أو غير ذلك } . وهكذا قال محمد بن الحسن . ولم يرد عن أصحابه في هذا خلاف . وذكر قولاً آخر ، أنه لا يجبر على نفقة هذه للمرأة ، وإليه ذهب الخصاص وقال : { ألا ترى أن المطلوب بالنفقة لو لم يكن له منزل يسكنه وكان نازلاً بكسري^(١) ، إلا أن رأس ماله ألف درهم أو نحو ذلك ، وهو في حياله ينفق فوق ربح ذلك المال [ويشتمل]^(٢) أيضاً على بعض رأس ماله فينفقه ، والطالب بالنفقة له منزل وخادم ، كان قيسياً أن يلزم هذا الذي لا منزل له ولا خادم بنفقة من له منزل وخادم ومتاع ؟ بل يؤمر صاحب المسكن والخادم حتى يبيع ذلك ويكترى منزلاً وخادماً وينفق الباقي على نفسه يوماً بيوم . فإذا نفذت ، حيث يفرض لها النفقة على ذي الرحم المحرم } . وأما ما قاله أصحابنا فإنه يجبر على نفقة صاحب المسكن لأنه فقير مع ملكه للمسكن . ألا ترى أن له أن يقبل الزكاة والصدقات ؟ فإذا ثبت أنه فقير وجبت لها النفقة على صاحبه .

803 باب العبد يتزوج وما يلزمه من النفقة

الأصل في هذا الباب أن العبد لا يلزمه من نفقة الأولاد شيء أحراراً كانوا أو عبيداً . إلا أنهم إن كانوا أحراراً فلا سبيل له عليهم ولا ولاية لأنه ملك المولى ، فلا يجوز أن يلزم نفقتهم بحق المولى . وإن كانوا عبيداً فنفتهم على المولى . وأما نفقة الزوجة فإن كانت حرة لزمته النفقة في رقبته

802 (١) ل : بكسبه ، وج : بكذا .

(٢) في الأصل : ويحمل .

ويباع بها إن لم يدفعها المولى ، لأنها تصير ديناً بفرض القاضى ، فيباع به كما يباع بسائر الديون ، وإن كانت أمة بوأما بيتاً فثقل هذا ، لأن المعنى الموجب لاستحقاق النفقة تسليمها فى بيت ، وقد وجد هذا . وأما إذا لم يَسُوها المولى له // [ل ٢٢٦ ب] بيتاً فلا نفقة عليه لعدم التسليم . وإنما كان للمولى أن لا يَبُوها له بيتاً ولا يسلمها إليه لأن الزوج لا يستحق خدمة المرأة بالعقد ، فتبقى خدمة المولى عليها كما كانت قبل العقد . فإذا كان كذلك فله أن يستخدمها لبقاء الخدمة عليها . وإن كانت مكاتبه أخذ بنفقة أولادها الذين ولدتهم فى حال الكناية على المكاتبه ، حرراً كان زوجها أو عبداً ، لأنهم داخلين فى كتابتها . فإن كانت الزوجة أم ولد أو مدبرة فثقل الأمانة على ما بينا من الحكم .

804 باب امرأة المفقود وولده يطلبون النفقة

من مال المفقود

حكم زوجة المفقود وأولاده على ما بينا فى الفأب إن كان هناك مال حاضر يأمر القاضى الزوج بأن تأخذ ما يكفيها ويكفى أولادها الصغار . ويأخذ منها الكفيل إن شاء القاضى ، وإن شاء ضمنها ذلك ، على ما هو أحوط لماله // [ف ١٨٦ أ] ، لأنه لا يأمن أن تكون المرأة قد أخذت النفقة مرة ، فلا تستحق ثانياً . وكذلك إن كان له أولاد كبار وغير الأولاد من ذى الرحم المحرم [رَمِيزُونَ]^(١) فإن القاضى يأمر بالإفئاق عليهم من ماله ، إن كان له مال أو غلة أو غير ذلك ، مثل الصغار ، لأن المعنى من الصغار هو أنهم غير قادرين على القيام بأنفسهم . وهذا فى الزمن أوجد . فيلزم أن تكون نفقته واجبة وإن كان ليس بصغير . وأما إذا لم يكن زمناً ، أعنى الإبن الكبير

أو الأخ أو العم ، فلا نفقة له من مال المفقود ، لأن الأصل أن الحكم غير جائز على الغائب . إلا أنا قد أوجبنا نفقة الوالدين والزوجة والولد الصغير لما قدمنا من الدلالة في باب النفقة على الغائب . وما عداهم محمول على أصل القياس .

805 قال : { فإن سألت امرأة المفقود القاضى أن يجعل لها وكيلًا في ماله يحوطه ويؤاجر مستغلاته ورقيقه ، فإن القاضى ينظر فيما للمفقود ، فإن [ل ٢٢٧ أ] كان له مال يخاف عليه الفساد أمر ببيعه وجعل له وكيلًا يقوم بأمواله ويؤاجر مستغلاته^(١) ، { لأن القاضى له ولاية في حفظ مال الغائب . ألا ترى أن بعض الورثة إذا كانوا غيبًا فللقاضى أن يحفظ عليهم أموالهم ويبيع ما يخاف عليه الفساد . كذلك هذا . وتجاوز لوكيل القاضى الخصومة فيما تولاه من المعاملة ، لأن العقد به تم . وإن كان لم يتولاه لم تخرج خصومته فيه لأنه وكيل بالقيام والحفظ ، وليس هو وكيله^(٢) في الخصومة . فلا يجوز أن يخاف من غير ما يتولاه .

806 باب نفقة المرأة

شهد شهود على طلاق زوجها لها وغير ذلك

قال : { ولو أن شاهدين شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً وقد كان دخل بها ، ومضى الطلاق أو تنكره ، فإنه يلغى للقاضى أن يمنع الزوج من الدخول عليها } ، وذلك لوجود السبب المانع من الوطء ، وهو الشهادة بالطلاق الثلاث . ألا ترى أن الشهود إذا عدلت حكم القاضى عليه بالسباع المتقدم ؟ فإذا كان كذلك منع من الدخول عليها لوجود السبب المانع من الوطء .

(٢) ف : وكيلًا .

805 (١) ساقط من ف .

ولها عليه النفقة سواء أذمت الطلاق أو جحدت إلى وقت انقضاء العدة { .
وذلك أنها لا تغلو من أن تكون زوجة أو غير زوجة ، فإن كانت زوجة ،
استحققت النفقة الزوجية ، وإن كانت غير زوجة استحققت بالعدة .

فإن قيل : كيف تستحق النفقة بالزوجية وهي ممنوعة من التسليم ؟ أُلحِتُ
على الشيخ رحمه الله هذا الموضع فلم [يجسر]^(١) عنه جواباً أكثر من قوله : إن
النفقة [متينة]^(٢) ، فلا تسقطها بذلك . وهذا واجب أن تكون غير
المدخول بها تجب لها النفقة أيضاً لأن الزوجية [متينة] والنفقة واجبة بتسليم
نفسها ، ومع ذلك فلا تستحق النفقة . فلما عارضت^(٣) [ل٢٢٧ب] بهذا قال :
هذه لا تليقن في استحقاق النفقة لأنها غير معتدة . فقلت : ولا تليقن في
استحقاق نفقة تلك وإن كانت معتدة ، لأنها لو كانت زوجة لم تجب لها النفقة
على أى وجه كان المنع بعد أن لا يكون من جهة الزوج . وإذا كان كذلك وجب
أن لا [ف١٨٦ب] نفرض لها النفقة . وأما بعد انقضاء العدة فلا نفقة لها ،
لأنها إن كانت زوجة فهي ممنوعة من الزوج فلا تستحق النفقة بالتسليم .
والتسليم معدوم . فإن كانت^(٤) مطلقة فقد انقضت علتها فلا نفقة لها .

807 قال : { فإن مُدَّتْ البينة فرق بينهما وسلم لها ما أخذت من النفقة {
لأننا قد بينا أنها كانت مستحقة للنفقة إذ كانت معتدة منه . { وإن لم تُعَدَلْ
البينة رُدَّتْ المرأة على زوجها ، ورجع الزوج على المرأة بما أخذت من النفقة { ،
من قبل أنا قد بينا أنها لم تكن مطلقة ، وإن كانت نكحت^(١) الزوج . فقد حصلت
ممنوعة من الزوج في تلك المدة ، فلا تستحق ، إذ المرأة إنما تستحق النفقة
بتسليم نفسها إلى الزوج . ولم يحصل التسليم من أى وجه كان [فلم]^(٢) تستحق

808 (١) كذا في ج . و ل ، ل : يخرج .

(٢) في الأصل : متينة . (٣) ساقط من ل .

807 (١) ساقط من ل . (٢) في الأصل : لم .

النفقة . كالمستأجر تستحق عليه الأجرة إذا وجد تسليم الدار المستأجرة إليه .
ومتى ارتفع التسليم لم يجب عليه الأجرة سواء كان رفع التسليم من جهته
أو من جهة غيره . كذلك المرأة . والمعنى الجامع بينهما أن كل واحد منهما
يستحق البذل بالتسليم .

فصل

808

{ وإن كان لم يدخل بها والمستلة بحالها لم يجب لها النفقة } لأنها إن كانت
زوجة فهي ممنوعة منه فلا تستحق النفقة ، وإن كانت مطلقة ، فهي غير ممنوعة ،
فلا تستحق النفقة . فهذه المسائل كلها بُنيت على أن المنع يسقط النفقة عن
الزوج . وفي المسئلة المتقدمة أوجب النفقة مع وجود المنع . وهي مشكلة لأن
الملة التي أوجبت عليه النفقة هي أنها لا تخلو من أن تكون زوجة أو مطلقة .
فإن كانت تستحق النفقة بالزوجية ، وإن كانت مطلقة تستحقها بالعدة . وليس
الأمر كذلك ، لأنها إن كانت زوجة فلا تستحق النفقة لأنها ممنوعة من الزوج .
الآن ترى أنه قال : إذا لم تعدل الشهود وجب عليها رد النفقة [٢٧٨] المأخوذة
من الزوج إليه لكونها ممنوعة من الزوج في تلك المدة . وأقرب ما يكون في
في هذا الباب أن نقول : إن الأصل أنها مستحقة للنفقة فلا يسقطها إلا بيقين ،
فيوجب لها النفقة إلى أن يبين لنا صدق اليقينة أو كذبها . فإن هددت اليقينة لم
ترد شيئاً ، وإن لم تعدل ردت النفقة ، لأننا بينا أنها لم تكن مستحقة للنفقة .
ولا يلزم على هذا أن يفرض لنفي المدخول بها النفقة أيضاً إذا شهد الشهود
بطلاقها ، لأن غير المدخول بها ليست لها حال تستحق النفقة في الظاهر لأنها إن
كانت زوجة فهي ممنوعة ، فلا تستحق النفقة ، وإن كانت مطلقة فهي غير ممنوعة ،
فلا تستحق . وهذه قد وجدت لها حال تستحق فيها النفقة ، وهي حال العدة ،
فلا يجوز أن تبطل نفقتها التي كانت تستحق من حال الزوجية مع وجود الحال
التي تستحق فيها النفقة ، فإذ ذلك افتراقاً .

{ ولو أن أمة في يدي رجل } [ف١٧٨] شهد شاهدان على حريتها وهي تدعى ذلك أو تنكره ، فوضعها القاضي على يدي عدل ، فطلبت النفقة حتى يسأل عن الشهود فإن القاضي يفرض لها النفقة على الذي كانت في يده { ، لأنها في الحكم عندنا أمة له . وهذا صحيح على ما قال لأن المالك في الظاهر لصاحب اليد والتصرف بالنفقة ^(١) عليه .

قال : { فإن أخذت النفقة أشيراً ثم عدلت البينة بحكم بحريتها ، وإن المولى يرجع عليها بما أخذت من النفقة إن ادعت الحرية من قبله . وإن ادعت أنها حرة الأصل أو لم تدع ذلك ، وقد شهد به الشهود ، فهو سواء - يعني بحرية الأصل - ولا شيء له ^(٢) . وإن لم تعدل البينة ردها القاضي إلى مولاه وبطلت النفقة التي أخذت { لأننا قد بينا أنها لم تعتق ، وهي أمة لصاحب اليد فلا تستحق فرض النفقة .

810 قال : { وكذلك لو فرض للمرأة النفقة على زوجها وأخذت نفقة أشير ، ثم شهد الشهود أنها أخته من الرضاع } [ل٢٢٨ ب] فإنه يفرق بينهما ويرجع الزوج عليها بما أخذت من النفقة { لأننا قد بينا أنها لم تسكن مستحقة للنفقة .

811 قال : { ولو أن أمة في يدي رجل ادعاه رجل وأقام بينة أنها له ، والذي في يده ينكر ذلك ، فوضعها القاضي على يدي عدل ، امرأته حتى يسأل عن الشهود ، فطلبت النفقة ، فإن القاضي يجبر الذي كانت في يده على النفقة عليها . فإن أنفق عليها شهراً ولم يؤكِّدوا ^(١) البينة ، فردها القاضي عليه بطلت النفقة ولم يكن لها على المدعي شيء . وإن زكيت البينة قضى بها القاضي للمدعي

(٢) ساقط من ف

809 (١) ل في النفقة .

811 (١) كذلك في الأصل . والصواب : يؤكِّد .

لم يكن للذى أنفق عليها على المدعى شيء من النفقة في قياس قول أبي حنيفة .
وأما في قول محمد فإن النفقة في رقبته ، تباع في ذلك ، إلا أن يفديها مولاها .
فإن فداها أو باعها رجع المولى على الذى كانت في يده بالأقل من قيمتها ومن
النفقة { . أما إذا لم يركوا البينة فلا إشكال فيه ، إن النفقة على صاحب اليد في
قولهم جميعاً ، لأن ملكه لم يستحق ، فلا يرجع على الذى أخذها لأنه ينفق
على ملكه . وأما إذا زكيت البينة فإن قول أبي حنيفة لا يرجع أيضاً على أحد .
وفي قول محمد ، يرجع . وهذا مبنى على اختلافهما في العبد المضمون إذا استهلك
من متاع المالك شيئاً ، هل يصير ديناً في رقبته ؟ قال أبو حنيفة كما قال محمد :
يصير^(٢) . فهذا مثل ذلك ، لأن الأمة هي التى أنفقت النفقة هاهنا فلا ضمان
عليها في قول أبي حنيفة . ويجب عليها ضمان النفقة في قول محمد ، وتباع بها ،
إن لم يفديها مولاها ، مثل سائر الديون التى تثبت في رقبته . فإن فداها
أو باعها رجع على الذى كانت في يده ، لأن هذا ضمان يستحقه من جهته .
فهو^(٣) مثل جنابة جنت في يده فاستحققت به ، رجع عليه بالأقل من قيمتها
ومن أرش الجنابة .

812 قال : { وأما العبد إذا } // [ف ١٨٧ ب] إذا ما رجل وأقام بينة له له ،
فإنه يُترك في يدي الذى في يديه ، ويؤخذ منه كغليل بنفسه وبالعبد ، ويؤمر
بالنفقة عليه . وإن // [ل ٢٢٩ أ] كان غروفاً أن يتلفه فرأى القاضى أن يضعه على
يدي عدل ويأمره بأن يكتسب وينفق على نفسه ، فعل ذلك . وإن كان صغيراً
لا يكتسب كانت النفقة على الذى هو في يديه ، وكان في ذلك يُجبر^(١) له على
ما وصفنا من حال الأمة { . وأما الكبير فإنما يؤمر بأن يكتسب وينفق على

(٢) كذا في الأصل . والاختلاف بينهما ليس واضحاً .

(٣) ساقط من ل .

نفسه إذا قدر عليه ، لأنه [يتوصل]^(٢) إلى القيام بأمر نفسه من غير إيجاب فرض ، فلا 'فرض النفقة له على غيره بالشك . وأما الصغير فهو مثل الأمة لأنه غير قادر على القيام بأمر نفسه .

813 قال : { ولو أن رجلا من أهل الذمة تحت امرأة ذات رحم محرم منه ، فطلبت منه نفقة الزوجية فإن أبا حنيفة قال : أفرض لها النفقة كما أفرض في النكاح الصحيح . وقال أبو يوسف ومحمد : لا نفقة لها للنكاح لأنه فاسد ، ويفرق بينهما إذا طلب ذلك أحدهما } . أما وجه قول أبي حنيفة فلاتهما 'مقرر' أن 'على ذلك النكاح عنده فهو مثل الصحيح ، فوجب أن يكون لها النفقة كما يجب^(١) في النكاح الصحيح . والمعنى الجامع بينهما الاستقرار عليه فيهما جميعاً . وأما وجه قولها فلاكن العقد فاسد ، فهو مثل سائر المناكحات الفاسدة فيما ينشأ في باب إسقاط النفقة .

814 باب الولد : بمن أولى به وعند من يكون

ذكر أحاديث عن السلف قبل الحديث في أول الباب ، ثم ذكر هذا { الحديث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : جاءت امرأة إلى النبي عليه السلام فقالت : يا رسول الله ، إن ابني كان بطلي وهاء وحجري حواه وثدي سقاه ، ويدعي سقاه ، ويرغم أبوه أنه أحق به مني . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تتزوجي ،^(١) } فهذا أصل في أن الأم أحق بالولد من الوالد ما لم تتزوج الأم .

(٢) ل الأصل : لا يتوصل .

813 (١) ساقط من ل .

814 (١) مسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ٢٠٣ : نفي بأن المرأة أحق بولدها ما لم تتزوج .

وذكر في الباب مسائل كتاب النكاح بعينها إلى قوله : { فإن جاءت الجدة ، أمّ الأم ، أو واحدة من هؤلاء النسوة ، يعني الجدة أو الأخت أو نحوهما ، ممن تستحق أخذ الولد لخاصم الأب في نفقته ، فقالت الجدة : هذا ابن هذا الرجل من // [ل ٢٢٩ ب] ابتقى ، وهو عندي ، فشره بالنفقة عليه ، فقال الأب لها : أنا أحق به ، إن أمه امرأتى ولم أطلقها وقد نشزت على ، وهي عندي . أو قالت الجدة : قد ماتت أم هذا الصبي ، أو : طلقها ، أو : ما هي عندي ، فإن الأب ' يجبر على النفقة على الصبي ويترك مع الجدة . ويقال للأب : أطلب امرأتك ، فأما الصبي فالجدة أولى به منك { ، وذلك أن الأم إذا لم تكن ظاهرة فهي بمنزلة المفقودة ، فتكون الجدة أولى بالولد من الأب حتى يعلم خلاف ما ظهر لنا . فعلى الأب النفقة إلى أن تثبت صحة الدعوى على ما قال .

فصل

815

{ ولو قالت الجدة : هذا ابن بتي منك ، وقد ماتت ابتقى ، فأعطى نفقة ، وقال الأب : هذا // [ف ١٨٨ أ] ابني من ابتلك ، ولم تمت وهي عندي ، وأنا أخذ الصبي من الجدة ، لم يكن له ذلك ، حتى يحضر الأم { ، لأن الظاهر أنها مفقودة حتى يعلم كونها عنده ، لحينئذ تستحق الأم أخذ الولد . فإذا لم يعلم ذلك فلا يستحق الأب أخذ الولد ، لأن من يستحق الولد هي الأم ، والآن لم تحضر ، فتكون الجدة أولى .

قال ^(١) : { فإن جاء بامرأة وقال : هذه ابتلك وهذا ابني منها ، وقالت الجدة : ما هذه ابتقى وماتت ابتقى أمّ هذا الصبي ، وقالت المرأة : هذا ابني من

هذا الرجل وأنا ابتك ، فإن القول قول الزوج والمرأة ، ويدفع الصبي إليهما } . وذلك لأن الجدة قد أقرت بثبوت اليد للأب على الصبي حين أقرت أنه ابنه ، فيكون بمنزلة ولد في يد رجل قال : هذا ابني من هذه المرأة وصدقته المرأة ، وادعت امرأة أنه ابن ابنتها فلم تصدق الجدة ويكون الولد ابن الرجل والمرأة ويدفع الولد إليهما .

قال : { وكذلك إن حضرت المرأة التي معها الصبي فقالت : هذا ابن بلي من هذا الرجل ، وأنا أحق به ، وقد ماتت أمه ، فقال الرجل : هذا ابني من غير ابتك : من امرأة أخرى ، فالقول قوله ، يأخذ الصبي } لأن الجدة قد اعترفت بثبوت يد الأب على الصبي وادعت // [ل ٢٣٠ أ] أنها مستحقة له بكونه من ابنتها ، وأنكر الأب ذلك ، فالقول قوله . مثل صبي في يد رجل ادعت امرأة أنه ابن ابنتها ، وأنكر الرجل ذلك ، فإن القول قوله . ولا نسب هذه المسئلة (٢) ما قبلها من المسائل المتقدمة لأن هناك قد اعترف الرجل بأنه ابن بنت الجدة وإن كانت الجدة قد اعترفت له باليد . قلنا أقر الرجل بكونه ابن بنتها وادعى أن ابنتها حية ناشزة ، أو هي عنده ، ولم يعلم ذلك ، لم تستحق يد الجدة حتى تثبت دعواه . وما هنا لم يعترف باليد ، وبعد ما أقرت بأنه ابنه حتى تكون هي أولى بالولد منه (٣) ، فلذلك افترقا .

قال : { وكذلك لو قالت الجدة : قد ماتت أم هذا الصبي وهي ابنتي ، فقال الأب : لم تمت أمه وهي هذه المرأة ، فقالت الجدة : هذه ابنة لي أخرى تزوجها بعد موت أم هذا الصبي ، وقالت المرأة : أنا ابتك وأنا أم هذا الصبي ، فالقول قول الأب والمرأة ويؤخذ الصبي من الجدة { للعلمة التي ذكرناها .

(٢) ساقط من ف .

(٣) المعنى فاقس ولعل بعض الكلمات سقطت من الأصل .

قال^(٥) : { ولو كذبت المرأة الأب^(٥) في دعواه وصدقت الجدة بأنها ليست أم الصبي فإن الأب^(٥) أولى بالولد من الجدة أيضاً } ، من قيل أن يد الأب قد ثبتت عليه بقول الجدة وإقرارها له بالبوة . فدعوى الجدة أنه ابن اهتلى لا يوجب زوال يد الأب إذا كان الأب منكراً أنه ابن ابنتها حيث ادعى أنه ابنه من هذه المرأة الحاضرة ، فلا تستحق الجدة أخذ الولد من الأب ، والأب أولى به من الجدة .

وبعد هذا ذكر شواهد هذه المسئلة . والعلة فيها ما "ذكرنا من قبل" فكرهنا إعانتها لأن الغرض في هذه التمسك دون ذكر المسائل المفردة .

816 باب المرأة يطلقها زوجها ولها منه ولد فتريد

أن تخرج بالولد من المصر // [ف ١٨٨ ب] [ل ٢٣٠ ب]

قال : اعتبر الخصاص موضوع وقوع العقد من مسائل الباب . وليس الأمر كذا عند أصحابنا ، وإنما اعتبروا موضع العقد إذا كان مصرها هي . فأما إذا لم يكن موضع العقد مصرها فليس لها أن ترجع إليه بالأولاد . هذا مسطور عنهم ، يئنه محمد في كتاب الطلاق مفصلاً . وذهب الخصاص إلى ظاهر قول محمد في الجامع الصغير . وإنما النظر في هذا إلى عقدة النكاح ، أين وقعت . ومحمد لم يرد بهذا القول غير مصرها هي . والله أعلم ، لِمَا قد بينه في كتاب الطلاق . وإذا كان هذا هكذا ، فهذا الضرب من المسائل على وجوه ثلاثة : أحدها أن يكون عقد النكاح في مصرها ، فلها أن ترجع بالأولاد إلى مصرها بعد انقضاء عدتها ، أي^(١) موضع وقعت الفرقة . والثاني أن يكون عقد النكاح

(٥) ساقط من ل

(٤) ساقط من ف

(٦) ساقط من ف

في مصر آخر ، فالاعتبار به حال وقوع الفرقة ، أى موضع من البلدان وقعت الفرقة لم يكن لها أن تخرج بالأولاد من ذلك البلد . فأما إذا كانت الفرقة في قرية قريبة إلى سائر القرى أو إلى المصر ، فلها أن تخرج من قرية إلى قرية وإلى المصر . والثالث أن يكون عقد النكاح في قرية من القرى ، فالاعتبار أيضاً وقوع الفرقة . فإن كانت في البلد فليس لها أن تخرج بهم إلى موضع آخر ، وإن كانت الفرقة في قرية فلها أن تخرج بهم إلى قرية أخرى وإلى البلد الذى تنسب القرية إليه .

فأما الوجه الأول فلأن عقد النكاح لم يستحق وطنها ، إذ الوطن والكيونة به موجودة مع وجود العقد . فإذا كان كذلك فما دام العقد موجوداً وجب عليها الكيونة مع الزوج ، لأن عقد النكاح يستحق عليها الكيونة معه وإن لم يستحق عليها وطنها إذا كان واقعاً في بلدها . فإذا كان كذلك قلنا : إن العقد لما ارتفع سقط عنها الكيونة في بيت زوجها بعد انقضاء العدة ، ووطنها باق . فلها الرجوع بهم إلى وطنها ، لأنه لا يجوز لنا أن نمنعها من الرجوع إلى وطنها لأجل الأولاد ، وهى أولى بهم ، فلها الرجوع إلى وطنها لهذه // [ل ٢٣١ أ] العلة . وأما الوجه الثاني فإن عقد النكاح وقع ولبست كاتبة في وطنها ، فأبطل العقد وطنها الأصل . يذلك^(٢) على هذا أن الحربية لو دخلت إلينا بأمان فتزوجت في دار الإسلام صارت ذميمة وبطل وطنها في دار الحرب ، وصار وطنها وطن الزوج وهو دار الإسلام . ولو تزوجت [فى]^(٣) دار الحرب لم يبطل وطنها فى دار الحرب بمقد النكاح وإن استحق عليها الزوج الكون فى منزله . فقد بان بهذا أن عقد النكاح إذا وقع فى غير وطنها يبطل وطنها الأصل وصار وطنها وطن الزوج ، وإذا وقع العقد فى وطنها لم يبطل وطنها وإن استحق الكون عليها

في منزل الزوج . فإذا كان كذلك قلنا في مسئلتنا : لم يجوز للمرأة أن ترجع إلى وطنها // [ف ١٨٩ أ] بالأولاد بعد انقضاء العدة لأن وطنها قد بطل فلا فرق بين وطنها^(٤) وبين سائر الأمصار . فكما لا يجوز أن تنزح بالأولاد إلى سائر البلدان ، فكذلك بلدها . وأما إذا وقعت الفرقة في قرية من القرى فلها أن تخرج بأولادها إلى قرية أخرى وإلى المصر الذي يقرب من القرية من قبل أن القرية من المصر ومن سائر القرى كالحال لأنه ليس لها حكم البلد بنفسها ، فصارت كحالة البلد ، لها أن تخرج بهم من محلة إلى محلة . كذلك القرى . وأما الوجه الثالث وهو أن يكون عقد النكاح في قرية ، فالاعتبار بمحل وقوع الفرقة، على ما قدمنا من الفصل الثاني . والملة فيه أيضاً ما ذكرنا .

817 قال : { وإن اختلف الزوج والمرأة فقالت المرأة : بلدى البصرة وعقد النكاح كان هناك ، وقال الزوج ، بل كانها هنا بالكوفة ، فالقول قول الزوج } لأن الظاهر أنه قد وجب عليها الكون بالكوفة فلا يسقط ذلك بقولها : إن النكاح كان بالبصرة وإن ذلك بلدى حتى تثبت دعواها بالحجة .

قال : { وإن كان مكان المرأة الذى هو فيه مقيمة^(١) ، ولا // [ل ٢٣١ ب] يُعتبر في هذا عقد نكاح الأم } ، لأن الأم إذا كانت تستحق الرجوع إلى وطنها لأن المقدد وقع وهى مستحقة للرجوع إلى بلدها بالأولاد إذا كان ذلك وطنها . وهذا المعنى لا يوجب لغيرها لأن الجدة وغيرها لم يكن هناك عقد بينهما وبين أب الأولاد حتى تستحق الرجوع إلى الموضع الذى يقع العقد فيه إذا كان ذلك مصرها . فذلك سقط هذا الاعتبار في غير الأم .

(٤) ف : مصرها .

817 (١) أى أن القول قول الزوج وإن كان مكان المرأة هو الذى فيه مقيمة .

818 باب الجارية والغلام إذا بلغا وتخيرهما

ذكر في حديث هاشم عن يحيى عن زهير عن طاهر قال «خير رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة حين تكلم فيها علي وجعفر وزيد» (١) بن حارثة» فاختارت حالتها لجمالها عندها» (٢) . وذكر أحاديث في هذا الباب . إلا أن العبرة عندما يستحق عليه الإمساك ، لا بالولد إذا كان صغيراً . فأما إذا كان كبيراً فالأمر فيه على ما روى من الخبر أن الخيار للصبي . والأخبار المروية في هذا الباب محمولة على هذا المعنى لأنه قد ثبت عندنا بالأخبار الصحاح أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للأُم «أنت أحق به ما لم تتزوجي» (٣) ، ولم (٤) يشرط للولد الخيار . فهذا حق ثابت في الصغار . وما روى في التخيير ثابت في المستغنى عن إمساك غيره .

819 قال : { إذا بلغ الغلام مبلغ الرجال تخير بين أبويه ، فأيهما اختار يكون معه ، فله أن يقيم عنده وأن يخرج إلى الآخر } ، لأن ولاية الغير قد زالت عنه ، فله أن يكون عند من شاء . { وإن شاء تفرّد بنفسه ولا يقيم مع أحد ، إلا أن يكون فاسداً غير مأمون } // [ف ١٨٩ ب] فلا بد أن يأخذ على يده ويضمه إليه { لأن في تركه استفساداً له دون الاستصلاح } . وكذلك الجارية البكر ، للأب أن يضمها إليه ويحفظها { لليلة التي ذكرنا ، ولأنه يحاف عليها ، فله أن يحفظها } . وأما الثيب // [ل ٢٣٢ أ] فإن كانت مأمونة فلا سبيل للأب عليها مثل الغلام المأمون الرشيد ، وإن كانت مخوفة على نفسها غير مأمونة

818 (١) ف : وحارثة

(٢) لم يرد هذا الحديث في ولسلك . إنما انظر ابن سعد ، ج ٤ ، قسم ٦ ، ص ٢٤ .
والجالة كانت عند جعفر .

(٣) انظر المرة 814 ، لاحظ ٦ .

(٤) ساقط من ل .

للأب أن يضمها إليه مثل الفلاح ، إذا كان غير رشيد ، والجارية البكر لوجود خوف الفساد عليها ، فإن لم يكن له أب فلولي أن يرفع أمرهم إلى القاضي ليسكنهم بين قوم صالحين ويأمرهم بتفقد أمورهم وتعرف أحوالهم . وليس لسائر الأولياء أن يضمهم إليه بعد الكبر إن أبوا ذلك ، لأن هذا المعنى إنما يستحق بالأبوة . ومعنى الأبوة غير موجود فيها هذا الأب والجد في النكاح .

820 كتاب الشهادات وما يجوز منها وما لا يجوز

باب الرجل يشهد على نسب لم يدركه ولم يعرفه
معرفة متقدمة

الأصل في هذا الباب أن طريقة معرفة الأنساب الخبر دون المعاينة .
الدليل على صحة هذا أننا نفهد أن علياً رضي الله عنه كان ابن أبي طالب . وكذلك أبو بكر وعمر وغيرهم من الصحابة ، رضوان الله عليهم ، نشهد بأنسابهم مع عدم المشاهدة منا لأنسابهم . فإذا كان كذلك ثبت أن الطريق الموصل إلى معرفة النسب هو الخبر . فإذا شهد رجلان عدلان ، أو رجل وامرأتان ، بنسب رجل جاز لنا أن نفهد بذلك النسب قياساً على حكم الحاكم . والمعنى الجامع بينهما أن طريق الإثبات^(١) فيهما من جهة الخبر لأن القاضي أيضاً لا يفتد الحكم من جهة المعاينة بثبوت حق الطالب ، وإنما يحكم بشهادة الشهود على أن الحق للطالب ، وجاز له أن يشهد بعد الحكم بذلك . بأن الشيء للطالب ، وإن كان قد حزل^(٢) . وكذلك النسب ، لما شهد الشهود به جاز لنا أن نفهد بذلك النسب وإن لم نعلم الفرائض الذي كان^(٣) [ل ٣٣٢] يتعلق به ثبوته . ولا يشبه هذا المال . إنه لا يجوز لنا أن نشهد

بمال في يدى رجل أنه لغيره بشهادة شهود شهدوا بذلك للخارج لأن الإثبات للإملاك من جهة المعاينة وظاهر التصرف والملك . فلذلك اقترقا .

821 قال الخصاص : { وإذا شهد الرجل على نسب لم يدركه فالشهادة جائزة } . وكذلك قال أصحابنا . وكذلك النسب من قبل الأم ، الشهادة عليه جائزة . واستشهد بالنسب الصحابة على ما بينا .

822 قال : { ولو أن رجلا أتاه رجل فقال : أنا فلان بن فلان الفلاني "لم يسمع هذا الذى سمع هذا أن يشهد على نسبه ، ولا أنه فلان بن فلان حتى" يسمع ذلك من العامة ويظهر . فإذا تناهت به الأخبار من الناس على غير تواطىء واشتهر بذلك وقع في قلبه تصديق ذلك ، وسعه أن يشهد على نسبه . وقال أبو يوسف : إذا شهد بذلك رجلان عدلان وسلك أن تشهد على نسبه } .

قال الشيخ : وهو قول محمد ، والأول قول الخصاص . قد بين الخصاص قول محمد // [ف ١٩٠ أ] بعد هذا في الباب أنه مثل قول أبي يوسف . والحجة في ذلك ما بينا .

قال : { ولو أن رجلا نزل بين ظهرائى قوم لا يعرفونه فقال : أنا فلان بن فلان ، لم يسمعون أن يشهدوا على نسبه حتى يقع معرفة ما قال في قلوبهم . وحدّ ذلك عندى أن يُقيم عندهم سنة . فإن وقع ذلك في قلوبهم وسمعون أن يشهدوا على نسبه ، وإلا لم يسمعون الشهادة على نسبه } .

قال الشيخ : والقول على قال محمد . والذى قال الخصاص قول نفسه وليس بشيء ، لأنه يجوز أن يكون رجلا غتلا يكون في نفسه غرض

فيقول : أنا ابن فلان . فإذا لم يحز لأحد أن يشهد هل نسبه بقوله وإن بقي سنين .

مسئلة

823

{ ولو مات رجل فأقام رجل شاهدين أن الميت فلان بن فلان الفلاني وأنه هو فلان بن فلان الفلاني بن عمه ، يلتقون إلى أب كذا ، وأنه وارثه لا يعلمان^(١) له وارثاً غيره ، كقصر^(٢) بالمراث { . وهذا بين على ما وصفنا لأن السب قد ثبت بههادة شاهدين ، فهو أولى بالمراث .

قال : { ولو أقام رجل شاهدين // [٢٢٣ أ] أن الميت فلان بن فلان الفلاني ، فنسبه إلى أب آخر غير الذي نسبه إليه الأول ، وأنه هو فلان بن فلان [قبيلته]^(٣) وأنت عصبة ووارثة لا يعلمان له وارثاً غيره ، لم يقبل هذه الشهادة ، ولم أحول النسبة من أب ومن جد إلى أب وجد آخر بعد أن ثبت على ما وصفت { .

قال الشيخ : لأن الحكم الأول قد مضى بههادة شهود فيكون مبطلا لكل شهادة تأتي على منده . وهذا كما قالوا في الرجل إذا أقام^(٤) بينة على نكاح امرأة^(٥) لحكم القاضي بنكاحها له ثم جاء آخر وأقام شاهدين على نكاحها منه كانت الشهادة الثانية باطلة لا يلتفت إليها ، لأن الحكم بالنكاح الأول قد وقع ، فلا يفسخ بالنكاح . قلت : ولهذا نظر^(٦) كشهادة شاهدين على قتل زيد بالكوفة وشهادة آخرين بمكة في ذلك اليوم . وكذلك الطلاق على مثل هذا^(٧) . إن الحكم بشهادة الشهود الأول تبطل شهادة الآخرين . قال الشيخ :

823 (١) في الأصل : يملون .

(٢) كذا في ج . وفي ف غير منقطعة ، وفي ل : قلته . والمعنى مضطرب . ولعله : من قبيلته ومعصبته .

(٣) ل : على مكان أبراه . (٤) ساقط من ل .

في مسئلتنا لو جاؤوا جميعاً معاً لم تجز شهادة واحد من الفريقين على ما قلنا في النكاح والعلاق والقتل إذا اجتمعت الشهود وتنافت ولم يثبت واحد من الفريقين .

قال : { وإن شهدوا أنهم لا يعلمون له وارثاً غير فلان هذا^(٥) } .

قال الشيخ : قوله : لا يعلمون له وارثاً غيره ، غير محكوم به هو قولهم نهد أن هذا وارثه . وليس في هذا خلاف بينهم .^(٦) والذي أوجب الخلاف بينهم^(٦) في هذا الموضع قولهم : لا يعلمون له وارثاً^(٧) بأرض كذا . فجعل أبو يوسف ومحمد هذا تمة في إسقاط الشهادة كأنهم أومئوا أنه ليس له وارث بأرض العراق وله وارث آخر غير الحاضر ، وقد ثبت كونه وارثاً بشهادتهم أن هذا وارثه . ألا ترى أنهم لو اقتصرنا على هذا حكم القاضي بشهادتهم أنه وارثه بعد التلوم ودفع إليه ، فزيادة قولهم : لا يعلمون وارثاً غيره بأرض كذا ، لا يوجب بطلان الشهادة ، إذ ليس في اللفظ ما يوجب ثبوت الوارث بأرض // [ف ١٩٠ ب] أخرى .

فصل

824

{ وإذا اشتهر النسب بالخبر المتواتر فلا فرق بين أن يكون المخبرون // [ل ٢٣٣ ب] عدولا أو غيرهم } . لأن ما طريقه الإخبار فلا يحتاج أن يشترط فيه كون المخبر من أهل الشهادة أو غيره .

قال : { فأما الشهادة على نسب المرأة ، فإذا أراه الرجل أن يتعرف للمرأة ليعهد لها بوكالة أو غيرها مما يحتاج أن يقال : أقرت هدى فلانة بنت فلان

(٥) هذه الجملة مسكلة لقول المصنف السابق .

(٦) ساقط من ل .

(٧) ساقط من ل .

بكذا وكذا، فيلجئ أن يدخل عليها وعندنا جماعة من النساء ممن يثق بهن^(١) ذلك الرجل، فيسألن: إن هذه فلانة ابنة فلان؟ فإذا قلن نعم، وتبين له أنها فلانة تركها أياماً ثم نظر إليها بحضرة نسوة أخريات يعرفته إياها كما عرفته الأوليات. فيتردد إليها مراراً شهرين أو ثلاثة. فإذا وقع معرفتها في قلبه يقول رجال ونساء ومن أمكنه، يشهد عليها بعد ذلك { .

قال الشيخ: وهذا مذهب الخصاص. وعندنا خير هذا. وأما عند أبي حنيفة فتقبل في ذلك شهادة امرأة واحدة عدل. وعند أبي يوسف وعبد: شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين. وأما أبو حنيفة فحمل الأمر على الخبر، فيشترط فيه العدالة إذا كان من أخبار الأحاد. وإذا تواتر لم يحتاج إلى شرط العدالة. وأما حماد فحمل على الشهادة ما لم يتواتر، فإذا تواتر صار قولها مثل قول أبي حنيفة.

باب الشهادة على الموت

825

الأصل في هذا الباب أن الموت، وإن كان مما يعين الشهود تلك الحال، فإن طريق إثباته من جهة الاستفاضة^(١) والخبر. ألا ترى أننا نشهد بموت علي بن أبي طالب وأبي بكر الصديق، رضي الله عنهما، وإن لم نعين موتهما. فإذا كان كذلك جاز للإنسان أن يشهد على موت الميت وإن لم يشاهده إذا إذا استفاض الخبر عنه وثبت^(٢). وهذه أربعة أشياء يجوز للإنسان أن يشهد عليها من طريق الاستفاضة والخبر المتواتر وإن لم يعين القصة: أحدها النكاح، والآخر الدخول بالمرأة المنكوحة، والثالث السب، والرابع الموت.

824 (١) في الأصل بهم. وجميع الضمائر هنا مذكورة في الأصل.

(٢) ساقط من ل.

825 (١) أي التماس الخبر.

أما التمسك فلا ن طريقه من جهة الخبر . الا ترى أنا نشهد أن عائشة // [ل ٢٣٤ أ] رضى الله عنها كانت امرأة النبي صلى الله عليه وسلم ، وأن فاطمة رضى الله عنها كانت امرأة على ابن أبي طالب عليه السلام وإن كنا لم نمانى النكاح ؟ وأما الدخول فكذلك ، لأن الشهود لا يجوز لهم معاينة تلك الحال ، فيكون طريقه الخبر كالسب والكلام فى السب قد مضى فى الباب المتقدم . وأما الموت فقد بينا الكلام فيه فى صدر الباب ، ويلبى أن لا يشهد السامع على الموت إذا قال الخبر له بذلك : إني ما عاينته ولا حضرت جنازته ، حتى يستفيض الخبر عنده . فإذا استفاض جاز له أن يشهد . فإن أطلق الخبر وقال : إن فلانا قد مات ، ولم يقل : إني لم أعاينته ، جاز للسامع أن يشهد إذا كان الخبر ثقة ، لأن قوله محمول على الصحة كأنه قد عاين موته إلى أن يعلم خلافه . وأما إذا بين فقال : لم أعاين موته فقد زال الإشكال ، فلا يجوز للسامع أن يشهد لأن طريقه الخبر // [ف ١٩١ أ] ، [ولم يخبره]^(٣) الخبر بمعاينة الموت . فإن قيل : أما السب والدخول فلا يجوز للشهود أن يعاينوا تلك الحال فتقبل شهادتهم عليها ، لأن طريقه الخبر دون المعاينة . والنكاح والموت لم لا تقول إن الشهادة غير جائزة حتى يشهدوا بمعاينة الحال كما قلتم فى سائر الحقوق . قيل له : إنما فرقنا بينهما لما بينا فيما تقدم ، ولأنه لما ثبت أن السب يجوز أن يشهد به على وجه الخبر فالنكاح الموجب لثبوت السب مثله .

قال الشيخ : ولا تعلم فى هذا خلافا . وقد جعل بعض الناس هذا أصلا للخبر الواحد ، أنه يوجب العلم لنا إذا رأينا جنازة موضوعة على باب دار إنسان ، فسألنا واحد من خارجى الدار : من مات فى هذه الدار ، فقال : فلان ، يقع لنا العلم بموته . وكذلك لو دخلنا على جماعة من الناس عند القاضي فقلنا

(٣) فى الأصل : وقد أخبره . والمعنى لا يستقيم إلا بالنفي .

لواحد منهم : من القاضى فى هذه الدار ، فقال هذا // [ل ٢٣٤ ب] يقع لنا العلم بأن المشار إليه هو القاضى دون غيره .

قال الشيخ : وهذا ليس بشئ لأن هذا لا يوجب العلم عندنا وإنما هو سكون النفس على جهة تغليب الظن ، ألا ترى أنه لو قال واحد آخر بعد الأول بخلاف ما قال الأول لشككتنا فى الخبر الأول . ولو كان العلم قد وقع بالخبر الأول لم يشكك فيه بخبر^(١) الثانى . فإذا كان كذلك بان لك أن هذا لم يوجب العلم ، وإنما فيه سكون النفس من جهة غالب الظن ، مثل ما نقول فى الصلاة : لو صلى واحد أربع ركعات كانت نفسه قد سكنت إلى أنه قد أدى فرض الصلاة ، ومع ذلك لم يقع له العلم اليقين بذلك . لأنه لو قيل له : إنك لم تصل أربع ركعات ، وإنما صليت ثلاثاً لشكك فيها معنى من صلاته .

826 باب الشهادة على العتق والطلاق والولاء

الأصل فى هذا أن " الشهادة بالخبر " غير جائزة فى الوجوه كلها لقوله تعالى ﴿ لا آمن شهد بالحق ﴾ ونعم يعلمون^(٢) ، ولقوله عليه السلام : إذا رأيت مثل هذه فاشهد ولا تدع^(٣) ، يعنى مثل الشمس . إلا أنا خصصنا الشهادة على النسب والنكاح والدخول والموت لما بيننا من الدلالة . وما عدا هذه الأربع بقيننا الحكم فيها على ما أوجهه الظاهر والسنة . فإذا كان كذلك قلنا فى الطلاق والعتق وغيرهما من الحقوق لا تقبل الشهادة حتى يشهد على معانة المشهود به أو على إقرار المشهود عليه بذلك ، إلا عند أبى يوسف ، فإن

(١) ل : خبر .

826 (١) ل : الخبر بالشهادة . (٢) سورة الزخرف ، ٤٣ ، ٨٦ .

(٣) لم يرد هذا الحديث فى ولسنك . إنما الظاهر كثر المال ، ج ٧ ، ص ١٣ : هل ترى الشمس على مثلها ، فاشهد أو دع .

الشهادة حل الولاء إذا كان له أبوان أو ثلاثة في الإسلام جازت استحساناً مثل أن يستفيض الخبر عندهم بأن جد هذا الرجل أوجد أبيه مولى عناقة لفلان، [جد رجل آخر] ^(١) لجاز لهم أن يشهدوا بولاء هذا الرجل وبولاء الجد وجد الأب المشهود له، وإن لم يعين هتق الجد الأول، لأن هذا يجرى بجرى السب، فيجوز كما تجوز الشهادة على السب . ولم يجوز أبو يوسف الشهادة على أن هذا معتق فلان ومولاه لأن في نفس هذا إزالة ملك المالك، فلا تجوز الشهادة بالخبر، كما لا تجوز في الأملاك . وأما في المسئلة فإنما شهدوا بكون الجد الذي قد مات وذال ملك مولاه عنه // [ف ١٩١ ب] مولى لهذا الرجل . فذلك افتراقاً .

مسئلة

827

قال : { ولو أن رجلين ادعى كل واحد منهما ولاء رجل ميت وأقام البينة أن فلاناً الميت كان هيداً له وأنه أعتقه وأنه مولاه ، وارثه ، لا يعلمون له وارثاً غيره ، قضيت بالولاء والميراث بينهما نصفين } . ولا يشبه هذا شاهدين هل أن الميت فلان بن فلان الفلاني . وشهد آخران ^(١) بأن الميت هو فلان الفلاني ، رجل آخر من قبيلة أخرى ، إن شهادتهما جميعاً باطل إذا جاء الفريقان معاً ، من قبل أن الميت لا يجوز أن يكون من قبيلتين ومن رجلين . فإذا لم يكن هناك [آية بينة أخرى] ^(٢) لم يجوز أن يحكم بواحد من البتين لاستحالة كون الميت من رجلين ومن قبيلتين مع عدم ^(٣) المدعى لثبوت السب منه . وأما في مسئلتنا فإن الولاء يجوز أن يكون ^(٤) من رجلين بأن يكون " العبد كان

(١) ل : وجد آخر . ف : رجل آخر .

827 (١) ل : آخر . (٢) في الأصل : أنه ابنه .

(٣) ل ، ج : مدعى والمضى فاقس . (٤) سابقاً بن ل .

بينهما وأحق كل واحد منهما نصيبه . فإذا ادعى كل واحد منهما أن الولاء له جاز أن يحكم بينهما ، كالمالك لجواز كون المدعى بينهما بحال . وفي الباب الأول يستحيل أن يكون من قبيلتين ، فلذلك افرقا . ولا يشبه^(٥) ما ذكرنا من النسب أن يكون المدعى امرأتين ، كل واحدة منهما تدعى أنه ابنها ، لأننا وإن علمنا أن الولد لا يكون منهما فإننا نحكم لها بالحقوق التي ثبتت بين كل واحدة وبين ولدها . وهذا المعنى غير موجود في مسئلتنا ، فلذلك افرقا . وإن جاءت إحدى اثنتين قبل صاحبتها من هذه المسائل كلها قضينا به [للاولى]^(٦) وتبطل بيننا [الثانية]^(٧) لأن // [ل٢٣٥ب] الحكم بثبوت النسب من الأولى^(٨) قد ثبت من قبله^(٩) فلا يفسخ بقول شهادة لا نعم بصدقها .

828 باب الشهادة على ملك لم يدركه ولم يعاين صاحبه

مسائل هذا الباب على ثلاثة أوجه : أحدها أن يكون حاين الملك والمالك . فهذا جائز له الشهادة به قياساً واستحساناً عندهم ، لأنه قد شهد مع عليه بالمشهود له والمشهود به ، فجازت الشهادة به لقول الله تعالى ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾^(١) وبقوله ﴿وما شهدنا إلا بما علمنا﴾^(٢) ، وبقوله عليه السلام «إذا رأيت مثل هذه الشمس فاشهد» . ولا يعرف خلاف بين الناس في جوازها أيضاً . والثاني أنه لم يعاين الملك ولا المالك فهذا غير جائز قياساً واستحساناً ضد الجميع لوجود ضد الوجوه التي ذكرناها في المسئلة الأولى . ولم تجز الشهادة إلا على الوجوه التي ذكرناها . والوجه الثالث أن

(٦) في الأصل : للأولى .

(٨) في الأصل : قبيلة .

(٥) ساقط من ل .

(٧) في الأصل : الثاني .

828 (١) سورة الزخرف ، ٤٣ ، ٨٦

(٢) سورة يوسف ، ١٢ ، ٨١

يكون قد عاين الملك ولم يعاين المالك . إلا أنه معروف الاسم مشهور عنده وعند الناس بالاسم والسب . فهذا جاز له أن يشهد بالملك لفلان الذى لم يعاينه [بالمشاهدة]^(٣) استحساناً . وكان القياس أن لا يجوز كما لا يجوز مع جهالة الملك عنده . ووجه الاستحسان أن الملك إذا كان مشهوراً بالمالك جاز له أن يشهد وإن لم ير المالك ، لأن شهرة الاسم تقوم مقام المعاينة . ألا ترى أنه لو قال قائل : اشهدوا // [ف ١٩٢ أ] بأن لفلان على ألف دوم وهو رجل مشهور عند الناس ، جاز لنا أن نشهد على إقراره بالدين لفلان متى ما طالب به وكيله أو من يقوم مقام فلان . فكذا هذا مثله . فهذه وجوه المسائل . وأما إذا كان المالك غير مشهور فإن الشهادة // [ل ٢٣٩ أ] له لا تجوز حتى يحضر عند القاضى فتقع الشهادة له بعينه ، كما لا يجوز له أن يشهد بالملك حتى يعاين الملك المشهود به إن كان مما 'يجوز له الشهادة عليه' . كذلك المالك . وإنما أجازوا استحساناً فى الذى اسمه مشهور وفى المرأة التى تكشف عن وجهها لكل واحد وهى مشهورة بالإسم والسب . 'ولم يذكر فى الكتاب إذا عاين المالك ولم يعاين الملك كيف يكون حكمه' . وينبغى أن لا تجوز الشهادة لأنه قد قال فى غير هذا الموضع : إذا كان المشهود به مما يتنقل ويحول لم يجوز للمشهود أن يشهدوا به للدهى حتى يحضر المشهود به فتقع الشهادة على عينه .

829 قال : { وقال أبو حنيفة : إذا كانت الدار والعبد والنوب أو شئ من ذلك فى يدي رجل وسيعك أن تشهد أن ذلك له وفى مملكه } . وذلك لأن الملك هو اليد ، بظهور التصرف فى الظاهر . فإذا شاهدوا هذا المعنى جاز لهم أن يشهدوا له بالملك .

(٣) كذا فى ج . وفى ل : . هاشية .

(٤) ف : يحوله المشهود عليه . (٥) ساقط من ل .

قال : { وروى محمد عن أبي حنيفة في الجامع الصغير أنه قال : إذا رأيتُ في يدك شيئاً سوى العبد والأمة وسعني أن أشهد بذلك لك ^(١) } . وهذا صحيح على ما قال لما بينا في الفصل الأول . وروى ذلك الأول أبو يوسف عن أبي حنيفة في الإملاك . وأما العبد والأمة فإنما أراد به إذا كان ممن يثبت له يد ولا يكون صبيّاً صغيراً يؤلّى عليه ، فلا يكون له يد في نفسه ، فيكون حكمه حكم الثوب والدابة . وأما الكبير فإنما لا يجوز له أن يشهد لصاحبه ^(٢) اليد بالملك له لأن الكبير في يد نفسه في الظاهر ، لأن أصل الإنسان الحرية حتى يثبت الرق . وإذا كان كذلك فالظاهر أن العبد في يد نفسه فلا يصدق صاحب اليد أنه ملكه ولا يجوز لنا أن نشهد له بالملك كما لا يجوز لنا أن نشهد ^(٣) بما في يد زيد لممرو .

قال : { وقال أبو يوسف : لا يشهد على الملك أيضاً حتى تقع معرفة ذلك في قلبه } .

قال الشيخ : وهذا قولهم جميعاً . لا يجوز أن يشهد حتى يقع له أنه له ويتصرف فيه لنفسه . فأما إذا وقع له أنه وكيل إنسان في ذلك لم يجوز له أن يشهد بالملك له .

830 باب الرجل يرى اسمه وخطه وخاتمه في الكتاب

ولا يذكر الشهادة // [ل ٢٣٦ ب]

قال : { ولا يجوز للرجل أن يشهد بشيء ولا يعلم صحته لأجل خطه واسمه ^(١) وخاتمه في الصك } .

(٢) ساقط من ل .

829 (١) ساقط من ل .

830 (١) ساقط من ل .

قال الشيخ : وهذا قول أصحابنا جميعاً . فأما ديوان القاضي على الخلاف . قال أبو حنيفة : لا يجوز مثل هذا . وقال أبو يوسف وعمر : يجوز له أن يشهد إذا كان ديوانه تحت غاتمه وفي يده من حيث لا يقدر غيره أن يحتال عليه . والذي يدل على صحة ما قلنا في مسئلتنا قول الله تعالى ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾ فشرط علم الشهادة بالشهادة . وقال عز وجل ﴿ وما شهدنا إلا بما علمنا ﴾ ^(١) . فأخبر أن شهادتنا // [ف ١٩٢ ب] صحيحة لأننا قد شهدنا بما علمنا ؛ فدل بذلك على أن العلم من شرائط صحة الشهادة . وقال عز وجل ﴿ أن تعضل أحداًهما فتثكّر لحدّهما الآخرى ﴾ ^(٢) . فلو كان العلم غير مشروط في صحة الشهادة لم يحتج إلى تذكّر الآخرى . بل كانت بعلم الصك أو بغيره عليه . فلما شرط التذكّر علمنا أن الشهادة لا تصح إلا مع العلم بالشهود به . وقال النبي عليه السلام : « إذا رأيت مثل هذه فاشهد وإلا فدع » . ومن جهة النظر ، إن الخط والنقش يجوز أن يفعل مثله بالحيلة ، فلا يكون الخط ونقش الخاتم دلالة على أنه من فعله . فإذا كان كذلك صار شاهداً بغير خط ولا خاتم ولا علم بالشهادة فلا يجوز . ^(٣) وأيضاً فإن الخطوط قد تشبه وتماثل ويحكي بعضها بعضاً ، فمن الجائز أن يكون المدعى قد لبس ^(٤) ذلك فلا يجوز الشهادة حتى يذكر الشاهد الشهادة ^(٥) .

مسئلة

891

{ وشهادة الأخ لأخيه جائزة } لقوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهادتين من رجالكم ﴾ ^(١) وهذا عام في الأخ وغيره . فليس للأخ شبهة ملك في مال الأخ ، فصار كالأجنبي . ^(٢) فسما جازت للأجنبي جازت للأخ .

(٢) سورة يوسف ، ١٧ : ٨١ (٣) سورة البقرة : ٢ : ٢٨٧ .

(٤) أي خلط . (٥) ساقط من ف .

{ وأما شهادة الوالد لولده فلا تجوز وإن سفل الولد وعلا الوالد { من قبل أن النبي عليه السلام قال « أنت ومالك // [٢٣٧] لأبيك » . وقال « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه » (٣) . وإن الولد من كسبه . فأضاف ملك الولد إلى الوالد ، فكما لا تجوز شهادة الإنسان لنفسه لا تجوز شهادته لولده . والمعنى الجامع بينهما أن كل واحد من المسالين الذي تقع الشهادة عليه مضاف إلى الشاهد . وأيضاً لا تجوز شهادة إنسان لعبده لأنه وماله مضاف إليه . كذلك لا تجوز شهادة الوالد لولده لهذه العلة . { وأما شهادة الولد لوالده فإنما لم تجز لكونه منسوباً بالولاد { قياساً على امتناع جواز [شهادة] الوالد له ، لكونه منسوباً إليه بالولاد ، لأن الأب هو منسوب إلى الولد بأنه والده ، والولد منسوب إلى الأب بأنه ولده ، فامتنع جواز شهادة الولد لوالده كما امتنع جواز شهادة الوالد لولده . والمعنى الجامع بينهما كون كل واحد منهما منسوب إلى صاحبه بالولاد . { وأما شهادة الزوج للزوجة فلا تجوز { لوجهين : أحدهما أن له تبسّطاً في مال المرأة ، فصارت الشهادة كالشهادة لنفسه . فلا تجوز من هذه الجهة . والوجه الثاني أن زيادة المال للمرأة يوجب زيادة قيمة البضع إذ الكفاية تعتبر عندنا بالمال والجمال والنسب . فإذا كانت المرأة غنية مكثره كانت قيمة البضع أكثر . والبضع هو ملك الزوج على معنى الاستباحة ، فصارت الشهادة واقعة لنفسه فلا يجوز . وأما شهادة الزوجة للزوج فلوجهين : أحدهما تبسّطها في مال الزوج ما ليس لغيرها ، فصارته متممة في الشهادة من هذه الجهة . فلا يجوز . والثاني أنه لما صح بطلان شهادة الزوج لها ، قلنا إن شهادة المرأة مثلها في البطلان لوجود الزوجية بينهما .

{ وأما شهادة الصبي فلا تجوز { لقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فعُدل عن

الرجلين // [ف ١٩٣ أ] إلى رجل وامرأتين . ولم تهم شهادة غير هؤلاء .
 إذ حكم الشهادة // [ل ٢٣٧ ب] مأخوذ من الكتاب ، وليس في الكتاب
 جواز الشهادة لغير الرجال والنساء . والصبي ليس من واحد منهما في الإطلاق
 قبل البلوغ . وأيضاً قال الله تعالى (مَن تَرْضَوْنَ مِنَ الشَّاهِدَةِ)^(٥) . والصبي
 ليس ممن يرضى من الشهداء . وأيضاً فإن العدالة شرط في صحة الشهادة لقوله
 تعالى (وَاشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ)^(٥) . والصبي لا يُقال أنه عدل .
 وأيضاً قال الله تعالى (وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ)^(٦) كما قال (وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ)^(٧) .
 فوجب أن لا يكون داخلاً في قوله (وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ) لأن إقامة كل واحد
 منهما عبادة لله تعالى . وأيضاً فإن الله تعالى . وأيضاً فإن النبي عليه السلام رفع
 القلم عن الصبي حتى يحتلم . فظاهر هذا يمنع لزوم الصبي حكماً من الأحكام .
 ونحن لو جعلنا شهادته شهادة لازمه الحضور إلى إقامة الشهادة ، ولزمه الفسق
 بامتناعه عن إقامتها . وظاهر هذا الخبر يمنع لزوم شيء من الأحكام ، فلا يجوز
 لنا أن نثبت حكم فعله إلا بقيام الدلالة . وأيضاً فإن الصبي ليس يجوز إقراره
 على نفسه لغيره ، فمن لا يملك نفسه كيف يجوز أن ينفذ حكم قوله على غيره؟
 وأيضاً لما ثبت أن إقراره على نفسه غير جائز ، صار كالمجنون الذي لا يجوز
 إقراره على نفسه ، فلا يجوز شهادته على غيره . كذلك الصبي . وأيضاً فإنه
 لا خلاف بين الناس^(٨) أن الصبي^(٩) لا يجوز شهادته في العقود . وإنما قال
 مالك^(١٠) : يجوز شهادته في الشجاج التي أصابها الصبيان من اللبس . وإذا لم تهم
 شهادته في العقود وسائر الأحكام كانت شهادته في الشجاج أولى بالاطلاق لأن
 الشجاج إنما يؤدي إلى تلف النفس ووجوب القصاص بالعمد . وقد أخذ علينا

(٤) سورة البقرة ، ٢ : ٢٨٢ (٥) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٢

(٦) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٢ (٧) سورة البقرة ، ٢ : ٤٣

(٨) أي التكليف . (٩) ساقط من ل :

(١٠) أي مالك بن أنس .

في الشهادات على الجراحات والقصاص ما لم يؤخذ عن غيرها . فالشجاج
أوجب أن يكون أولى بالبطان في الشهادة فيه لتعلقها بما ذكرنا من القصاص
وغیره .

832 قال : { ولا تجوز شهادة الظنين } وهو المتهم لقوله تعالى (من ترضون
من الشهداء) ولقوله عليه [ل ٢٣٨ أ] السلام ، لا تجوز شهادة ذی ظنّة
ولا ذی إحذنة ، ^(١) أى صاحب حقد .

قال : { ولا تجوز شهادة من جرّ بشهادته منفعة إلى نفسه أو يدفع عن
نفسه مفرما } ، لأنها شهادة لنفسه فيما يجرّ إلى نفسه من المنفعة وما يدفع عن
نفسه من المضرة .

833 قال : { وتجوز شهادة الخصم } لأنه رجل فيكون داخلًا في قوله
تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) . ولما روى عن عمر أنه أجاز
شهادة علقمة الخصم من غير تكبير من أحد من الصحابة عليه .

قال الشيخ : لا أهرف عن أصحابنا " في الألف أن شهادته تجوز أم لا
وذكر الخصاف . فأما في هذا فلم يذكر عن أصحابنا " ولا عن نفسه شيئا .
وذكر حديث ابن عباس أن شهادة الألف لا تجوز ولا تُقبل صلاته
ولا تؤكل ذبيحته . وذكر حديث أبي [برزة] ^(٢) الأسلمي أن النبي عليه
السلام [[ف ١٩٣ ب]] سئل عن الألف يحج بيت الله ، قال : لا حق
يختنن ، ^(٣) . وذكر حديث أبي المليح عن أبيه عن سعد بن أوس قال :
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الختان للرجال سنة وللنساء

832 (١) قابل سنن الترمذي ، شهادات ، ٢ .

833 (١) ساقط من ل . (٢) في الأصل : برزة .

(٣) لم يرد في ولسنك .

مكرمة،^(١) ثم ذكر في باب آخر قال : قال أصحابنا : شهادة الألف جائرة إذا كان عدلا تؤكل ذبيحته إذا لم يكن تركه للختان رغبة عن السنة .

قال الشيخ : إذا كان إسلامه في حال الكبر يجوز أن يخاف على نفسه القلق أو يخاف على نفسه ذهاب العضو ، فيكون معذوراً في ترك الختان ، غير ملوم بذلك ، فلا تُرد شهادته إذا كان عدلا . وأما إذا لم يخف على شيء من ذلك ولم يخفن تهواناً بالسنة لم تقبل شهادته كالفاسق والذي يرتكب المحاصي ، إن شهادته لا تجوز وإن كنا لا نتيقن كونه فاسقاً في تلك الحال ، وتؤكل ذبيحته لأنه مسلم .

مسئلة

834

{ وشهادة ولد الزنا } جائزة لأن جرم الوالدين لا يضره إذا كان عدلا في نفسه لقول الله تعالى ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ ولقوله تعالى ﴿ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا حُلِيلَهَا ﴾^(١) ، ولقوله تعالى ﴿ وَأَنْ لِّئِنْ لَإِنْسَانٍ لَّا مَأْمُورًا ﴾ [ل ٢٣٨ ب] ^(٢) ، ولقوله عليه السلام لأبي رمة : أما هذا فلا يخفى عليك ولا يخفى عليه^(٣) ، يعني ولده من زنا . وأما حديث النبي عليه السلام : ولد الزنا شر الثلاثة^(٤) فهذا عندنا في قمة بعينها ، فقال عليه السلام : شر هؤلاء الثلاثة هو هذا ، وليس يوجب أن يكون عاماً في جميع أولاد الزنا .

(١) قابل مسند أحمد بن حنبل ، ج ٥ ، ص ٧٥ . ولم أشر على اسم سعاد بن أوس .
ولعله سعاد إذ أن سعاداً يطلق على الهبات عند العرب .

834 (١) سورة الأحكام ٦ : ١٩٦٤ (٢) سورة النجم ، ٥٣ : ٣٩

(٣) أخر سنن أبي داود ، ديات ٢ ،

(٤) مسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ٣١١ : ولد الزنا أشر الثلاثة .

{ قال أصحابنا : شهادة السمع شهادة ينبغي للرجل أن يقوم بها ويشهد بها . ويجوز ذلك لقوله تعالى { إلا من شهد بالحق } وهم يعلمون } وهؤلاء قد علموا إذا سمعوا رجلا يطلق امرأته ، أو يقر رجل بمال أو غضب أو غير ذلك . وأيضاً لا خلاف بين الناس أن من رأى رجلاً يغصب مال إنسان أو يقتل إنساناً أو غير ذلك من الأفعال لا يسمعه الامتناع من إقامة الشهادة وإن كان الفاعل لم يشهد على نفسه بذلك . فكذلك إذا سمع قولاً يتعلق به حق الغير وجب أن يشهد بذلك إذا طالب المشهود له . والمعنى الجامع بينهما أن كل واحد منهما يثبت حكمه بنفسه من غير ^(١) انضمام القضاء إليه . وليس هذا كالشهادة على الشهادة لأن الشهادة لا يثبت ^(٢) حكمها بنفسها حتى ينضم قضاء القاضي . وكان القياس أن لا يثبت حكمها وإن أشهد شاهداً الأصل على شهادتهما غيرهما ، إلا أنهم استحسنوا في جوار الشهادة على الشهادة بالإشهاد ، والإجماع ^(٣) . وما عدا هذه الحال فهو متيقن على ما أوجبه القياس .

قال : { وإن سمعاهما من وراء حجاب أو من خلف حائط أو ستر غليظ لا يرويه ، لم يسمعهم أن يشهدوا بذلك } لأن الكلام قد يشبهه ، فيشبه كلام بعضهم بعضاً ، فلا يجوز له أن يشهد حتى يتيقن كون الكلام // [ف ١٩٤] كلام المسموع ^(٤) المشهود عليه . إذ الشهادة لا تجوز لإقامتها بالظن وغلبة ^(٥) الرأي ، ما لم يقع له العلم بصحتها .

836 قال : ولو أن رجلاً دخل إلى بيت فدخل عليه رجل قد علم أنه ليس في البيت غيره ، ثم خرج فقعده على باب البيت وليس للبيت مسلك إلا هذا

(٢) ف : للإجماع .

(٤) ل : عليه .

836 (١) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ل .

الباب ، فأقر الرجل الذى داخل البيت بشئ والرجل الجالس على الباب لا يراه ، وسيحرج الرجل الخارج أن يشهد عليه بما أقر ، من قبل أنه عالم بكون الكلام الذى سمع أنه للشهود عليه ، فيجوز كما يجوز لو سمع وهو ينظر إليه .

837 قال (١) : { وكذلك الشهادة على القضاء جائزة بالرؤية والسماع وإن لم يشهد عليه } لأن القضاء يثبت حكمه بنفسه ، لا يحتاج في صحته إلى انضمام معنى آخر إليه . فصار مثل الإقرار بالمال والطلاق والعناق وغير ذلك من الحقوق .

838 قال : { وإذا دخل الرجلان بين القوم وبينهم منازعة ، فقال لهما الغريبان : لا تشهدا علينا بما تسمعان منا ولا بشئ يدور بيننا ، ثم أقر بعد ذلك أحد الفريقين للفريق الآخر ، أو دار من الكلام بينهما ما يجوز به الشهادة للفريق الآخر على الفريق المقر ، فطلب أصحاب الشهادة شهادة الرجلين وقالوا لهما : إشهدا لنا بما سمعنا . فإنه يلغى أن يشهدا بما سمعا ولا يكتان ذلك ولا يسمعا إلا الشهادة بما سمعا من قول من يجب عليه الحق . وإن كتبنا ذلك أمما } . وهذا على ما بينا من وجوب إقامة الشهادة بالسماع . فلا يلتفت إلى قول من قال : لا تشهدا على قولنا . قال الله تعالى ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ . وهذا أمر عام ، فهو على الوجوب لكونه أمراً ، والأمر ههنا على الوجوب . وهذا عام لوجود صفة العموم حتى تقوم الدلالة على التخصيص .

مسئلة

839

قال : { وشهادة المختبئ بجائزة إذا كان عدلا } . وذكرى عن عمر

رضى الله عنه حديثاً أنه أجاز شهادة المختبىء ، ثم قال : هكذا يفعل بالختان أو الطالم أو الفاجر ، يعنى يختبئ الشاهد حتى يُقر الختان فيسمع الشاهد ذلك ثم يشهد به عند القاضي . ورؤى عن شريح ، والشعبي ، وإبراهيم أنهم قالوا : تجوز شهادة المختبىء ، وذهبوا إلى أن المشهود عليه إذا كان بحضرته من يحفظ عليه كلامه لا يتكلم بكل // [ل ٢٣٩ ب] شئ . ويحترز من كلامه . وإذا كان وحده ترسل الكلام وتكلم بما شاء ، ما يلزمه به حق وما لا يلزم به شئ . وهذا عندنا ليس بشئ . وشهادة المختبىء جائزة لقوله تعالى ﴿ إلا من شهد بالحق وهم يعلمون ﴾ ولقوله تعالى ﴿ وما شهدنا إلا بما علينا ﴾ ولقول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا رأيت مثل هذه فاشهد وإلا فذع » . وهذه العمومات كلها تنظم المختبىء وغيره . لجازت شهادته كما تجوز شهادة غيره . وأيضاً فإن المشهود عليه لا يمتنع من الإقرار بالحق عند من حضر من الشهود إلا أن يكون ظالماً جازاً . فإذا لم يتوصل إلى استخراج حق الطالب // [ف ١٩٤ ب] منه إلا على هذا الوجه جاز للطالب أن يأمر الشاهد يختبئ لسماع الإقرار من المطلوب ليصل إلى حقه .

مسئلة

840

{ وشهادة الوصي غير جائزة لليت ولا لليتيم الذي في حجره } من قبل أنه خصم فيما يدعى على الميت واليتيم وفيما يثبت لها . ولا تجوز شهادة الخصم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين » (١) ، ولأنه شهد لنفسه لأنه هو الخصم في ذلك ، ولا تجوز شهادة إنسان لنفسه .

مسئلة

841

{ وشهادة العبد لا تجوز } لقول الله تعالى ﴿ من ضرب الله مثلاً عبداً

غسلوكاً لا يقدر على شيء^(١) . والقدرة هي الملك عند أهل اللسان . فوصف العبد المملوك بأنه لا يملك ، فيلغى أن تكون هذه الصفة لازمة في كل عبد مملوك أنه لا يملك شيئاً ، فلا يقدر على أداء الشهادة إذ هو غير مالك . وأيضاً قال الله تعالى ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾ إلى قوله ﴿ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾^(٢) ففهم من الإيهام إذا دُعوا إلى إقامة الشهادة . فلو جوزنا شهادة العبد كان مأموراً بإقامة الشهادة عند الحاكم وترك خدمة المولى . وهذا يؤدي إلى إسقاط خدمة المولى عنه أصلاً لأنه يستغل كل يوم مع الخصوم في إقامة الشهادات . وهذا غير جائز عند الجميع ، لأن عليه أن يخضع المولى متى ما استخدمه . والمولى أن يمنعه من الحضور عند الحاكم . وإذا كان كذلك ثبت أن العبد غير // [ل ٢٤٠ أ] داخل في الخطاب . وإذا لم يدخل في هذا الخطاب لم يجر شهادته لأنه لا شهادة [له] وإلا قد دخل تحت هذا الخطاب ، إذ الأرب واللام دخلتا لاستفراق جلس الشهود . وأيضاً قال الله تعالى ﴿ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾ مخاطب من يملك إقامة الشهادة لأن الحكيم عز وجل لا يجوز أن يكلف أحداً ما سبيل له إليه . والعبد لا يملك إقامة الشهادة لكونه مشغولاً بخدمة المولى وجب أن يكون غير داخل في هذا الأمر . وإذا كان ثبت أنه ليس من أهل الشهادة ، إذ صفة الشاهد أن يكون مأموراً بإقامة الشهادة ، وهذا غير مأمور .

فإن قيل : فهذا يوجب أن يكون المريض غير شاهد لأنه غير مأمور بإقامة الشهادة عند الحاكم ، قيل له : المريض مأمور بإقامة الشهادة إذا صح ، فلا يعترض على ما قلنا . وأيضاً فإننا وجدنا الشهادة جارية بجرى الإرث لأن شهادة المرأة على النصف من شهادة الرجل . فلما كان العبد ممن لا يرث شيئاً وجب أن لا يكون من أهل الشهادة . ولا يلزم على هذا العيب والنقص

والأصغر والمحدود في القذف : لأنهم يرثون ولا تجوز شهادتهم لأن هذا عكس علينا أن العلة أن من لا يرث لا يكون من أهل [ف ١٩٥ أ] الشهادة . وأما من يرث يجوز أن يبطل الشهادة لمعنى آخر . ولا يلزم على هذا القاتل غير جائزة إذا تاب ، وهو من أهل الميراث أيضاً من غير المقتول . وعلتنا أن من لا يرث أصلاً لا يكون من أهل الشهادة . وأيضاً فإن العبد لا يملك قول نفسه ولا يلزمه به شيء ما دام ملكاً للمولى ، فصار غير مالك لإقامة الشهادة إلا يأخذ المولى . وليست هذه صفة الشهادة لأن صفة الشهادة أن يشهد الإنسان بما يعلم من غير إذن أحد . وأيضاً كما لم يلزمه في الحال حكم إقراره بالمال على نفسه أو بالنصب أو غير ذلك من الحقوق التي تلزم . المقر بإقراره مع وجود القول منه ، وجب أن لا تجوز شهادة أيضاً قياساً على المجنون والصبي . وأيضاً فإن قول الإنسان أقصد فيما يلزم به من إلزام غيره . وقول العبد لا ينفذ على نفسه ما دام ملكاً للمولى ، فكيف ينفذ على غيره ؟ ويمكن المخالف أن يحتج بالظاهر وهو قوله [ل ٢٤٠ ب] ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ والعبد من الرجال . والجواب أن المراد ما بينه في الآية من المخاطبين بترك [الإباء] ^(٣) من إقامة الشهادة عند الحاكم . ويحتج أيضاً بقوله ﴿ وأشهدوا ذوي عدل ﴾ ^(٤) . فالظاهر يقتضيه الحر والعبد إذا كانوا عدولا ويحتج أيضاً بقوله ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ وهذا عام في كل مكلف لقوله ﴿ أقيموا الصلاة ﴾ والعبد مكلف ، فيلزم أن يكون داخلاً في الخطاب . ومن جهة النظر بأن إقامة الشهادة عبادة من [^(٥)] فصار كالصلاة التي تلزم كل مكلف .

(٤) سورة الطلاق ، ٦٥ : ٢

(٣) في الأصل : الإياء .

(٥) بين في ف ، ج . ولا شيء في ل .

قال : { وقال أصحابنا : إن شهد العبد بحق على رجل وهو عبد فرد القاضي شهادته لعله الرق ثم أعتق ، فشهد بعد العتق بتلك الشهادة ، إن شهادته جائزة وبمضيه الحاكم } . وذلك من وجهين : أحدهما أن الذي منع من جواز الشهادة هو الرق ، والرق قد زال عنه بالعتق ، فوجب أن تجوز شهادته كما تجوز شهادة الحر به . والثاني أن زوال الرق عما يحكم به الحاكم فصار كالإسلام لكون كل واحد منهما مما يجوز أن يحكم به الحاكم ويثبت بالشهادة عند الحاكم . فإذا كان كذلك وجب أن تجوز شهادته إذا زال الرق في الشيء الذي شهد به في حال الرق كما تجوز شهادة المسلم في الشيء الذي شهد به في حال الكفر ، فردت لأجل الكفر . ولا يلزم على هذا الفاسق إذا ردت شهادته . وكذلك كل (٢) منهم ردت شهادته لثمة ما لم ينفذ تلك الشهادة أبدا ، من قبل أنا لا نتيقن زوال الثمة ، فلا تجوز شهادته فيما ردت لأجل الثمة مع جواز وجود تلك الثمة الموجبة لرد شهادته . والثاني (٣) أن زوال الثمة ليس بما يوجب عند الحكم وتقام عليه البيّنات ، فلا يقع الحكم بزوال الثمة فلا تجوز // [ف ١٩٥ ب] شهادته تلك . والمعنى الموجب لرد الشهادة لم يقع الحكم بزواله بوجه .

{ وشهادة الأعمى لا تجوز عند أبي حنيفة وعمد سواء كان بصيرا في وقت تحصيل الشهادة ثم عمى ، أو كان أعمى في الأصل . وعند أبي يوسف : إن كان بصيرا في وقت التحميل ثم شهد عند // [ل ٢٤١ أ] القاضي فقال : أشهدني

(٢) ل : حكم .

842 (١) ل : فصل .

(٣) كذا في الأصل عندنا ج عليها : الثالث .

فلان بن فلان، ولم ينسب إلى الجد، "ولا إلى" قبيلة يعرف بها، ولا إلى قرية ولا صناعة يعرف بها لم تجز شهادته. وعند الشافعي يجوز شهادته وإن كان أعمى في حال التحمل. والذي يدل على صحة قول أصحابنا في أنه لا يجوز تحمل الشهادة وهو أعمى قول النبي عليه السلام: «إذا رأيت مثل هذه، يعني الشمس، فاشهد وإلا فذبح»^(١). ومعلوم أن الأعمى لا يرى الحق المشهود به مثل ما يرى الشمس فلم تجز شهادته. إذ قد شرط النبي صلى الله عليه وسلم جواز إقامة الشهادة أن يرى الشاهد مثل ما يرى الشمس بعينه. وهذا الخبر قد انتظم الكلام على الشافعي وعلى أبي يوسف جميعاً، لأنه منع جواز أداء الشهادة إلا أن يرى مثل ما يرى الشمس. والشاهد إذا كان أعمى في حال التحمل لم ير المشهود به كما يرى الشمس، فلا تجوز شهادته. وإذا كان بصيراً ثم حُمي لم يجز أدائها لأنه لا يرى الحق المشهود به إن كان عيناً، وإن كان ديناً فلا يرى المشهود عليه [قبل] ^(٢) الأداء. فيلغى أن لا يجوز لعدم شرط جواز الأداء. وأيضاً فإن الشهادة من الأعمى تقع بالاستدلال لأنه يحتاج أن يستدل بنزلة الكلام الذي سمعه على أنه كلام المشهود عليه أم لا. والشهادة لا يجوز أدائها بالاستدلال، لأن الاستدلال على هذا الوجه لا يكسبه العلم، وإنما هو غلبة الظن عند الاجتهاد. فطلب الحق وأداء الشهادة على الوجه غير جائز.

فإن قيل: كما جاز أن يخطأ امرأته وهو أعمى لوقوع غلبة الظن كونها امرأته لم لا يجوز أن يشهد وهو أعمى بنزلة الظن؟ قيل هذا ساقط الاعتبار^(٣) لأن الوصول إلى الوطء والاجتهاد غير ممتنع بدلالة أن رجلاً لو زُفَّت إليه

(٢) أنظر فقرة 826، ملاحظة ٣

843 (١) ساقط من ل.

(٣) في الأصل: وقيل - أي قبل أداء الشهادة -

(٤) ساقط من ب.

امراة وقيل إن هذه امرأتك جاز له وطؤها بقول المخبر بأن تلك إمرأته .
والشهادة لا تجوز إقامتها على هذا الوجه . لأن رجلا لو قال : هذه الجارية
" التي في يدي هذا الرجل الآخر لفلان ، لم يجوز لهذا السامع أن يشهد بأن
الجارية " لفلان الذي قال المخبر أنها له حتى يعلم صحة ذلك . وكذلك لو أخبر
غير واحد بأن هذه الجارية لفلان لم يجوز أن يشهد بكونها لفلان حتى يعلم هو
بنفسه // [ل ٢٤١ ب] أنها لفلان . ولا يجوز له أن يشهد بها لفلان غير
هؤلاء . وقد بينا أن وطء امرأته على هذا الوجه جائز . فقد بان لك الفرق
بين المستثنين .

فإن قيل : كما يجوز قبول خبر الأعمى في الدائيات // [ف ١٩٦ أ] إذا
كان عدلا لم لا يجوز قبول شهادته ؟ قيل له إن الشهادة مخالفة للخبر . ألا ترى
أنا نقبل خبر العبد والمحدودون في القذف ولا نقبل شهادتهما ، ونقبل خبر
المرأة ولا نقبل شهادتها في الحدود والقصاص وما يسقط بالديهة . فقد بان
لك أن الشهادة غير جارية بحرى الخبر . وأما الكلام على أبي يوسف فإنه قد
وافقنا على أن تحصل الشهادة لا يصح إلا أن يكون الشاهد بصيرا ، وجب أن
يكون حال الأداء مثله . والمعنى الجامع بينهما كون الشاهد غير بصير في الوجهين
جميعا^(١) . وأيضاً فإن حال الأداء أكد من حال^(٢) التحمل ، بدلالة أن
الشاهد^(٣) لو كان كافراً في حال التحمل أو عبداً أو صيباً وهو حر مسلم بالغ
في حال الأداء جازت شهادته . ولو كان كافراً في حال الأداء وكان مسلماً في
التحمل لم تجز شهادته . فقد بان لك أن حال الأداء أكد من حال التحمل .
إذ قد كان التحمل مع صفة لا يجوز معها الأداء . وافقنا أبو يوسف أن العمى
يمنع التحمل فالأداء أخرى أن يمنعه . وأما قياس أبي يوسف الشهادة في مستثنتنا

(١) ساقط من ف .

(٢) ساقط من ل .

(٣) ل : حكم بالغ في حال الأداء جازت شهادته .

على مسألة الشهادة على الشهادة والشهادة على كتاب القاضى أنها تجوز وإن لم يرَ الشهود الذين يشهدون عند القاضى شهود الأصل ، لأن الشهود الذين يشهدون عند القاضى بحق لهذا المدعى [هم غير شهود الأصل] ^(٨) ، فلا نرى المشهود عليه كذلك الشاهد الأعمى ، وإن لم يرَ المشهود به عند الأداء فإن شهادته جائزة . وهذا ليس بشيء لأن شهادة هؤلاء على شاهدى الأصل شهادة مقبولة ، فكان الشاهدين شهدا عند القاضى . فإذا حضر المشهود عليه والمشهود به فقد وقعت الشهادة على عين ^(٩) المشهود به عليه والمشهود به ، فتجوز . وأما فى مسئلتنا فالشاهد غير معين للمشهود به ولا المشهود عليه . والشهادة لا تصح بنير عين ، فلذلك لم تجز . وأما الشهادة على كتاب القاضى فكذلك ، لأن هذه الشهادة // [ل ٢٤٣ أ] إنما نقلت كلام القاضى ، فكان القاضى يقول قد شهدوا عندى لهذا على هذا بكذا وكذا ، والمشهود عليه معين للشهود ^(١٠) فى حال الحكم بهذه الشهادة ، فلذلك جازت شهادتهما . وأما فى مسئلتنا فالشهود ^(١١) عليه والمشهود به غير معين للشاهد الأعمى فلا تجوز لما بينا من بطلان الشهادة بالاستدلال .

فصل

844

{ ولو شهد بالحق عند القاضى وهو بصير ثم عصى قبل أن ينفذ القاضى شهادته لم يجوز للقاضى أن ينفذ تلك الشهادة } عند أبى حنيفة ومحمد لأن الشهادة قد ردت عليه قبل إتمام القضاء بشهادته ^(١) بما يخرج من الشهادة . فلا يجوز إتمام القضاء بشهادته بعد العصى كما لا يجوز الفسق والردة فإتمام القضاء بشهادته وإن كان وقت السماع من أهل الشهادة ، فصار العصى بمنزلة الفسق

(٨) ما ألقيناه ضرورى لاستقامة المعنى .

(٩) ل : غير . (١٠) ساقط من ل .

(١١) ساقط من ل .

والكفر الذى لا يصحّ معه إقامة الشهادة . وكذلك لو غرس أو ذهب عقله فهو مثل هذا . ولا تجوز شهادته [ف، ١٩٦ ب] لكونه حياً مع بطلان شهادته . { وعند أبي يوسف لا تجوز شهادته^(٢) في الحدود والقصاص أيضاً وإن كان بصيراً في حال التحمل ثم عمى في حال الأداء } ، من قبل أن الحدود تسقط بالشبهات ، فصارت هذه الشهادة شبهة^(٣) حرة^(٤) الحد .

مسئلة

845

{ قال أصحابنا : تجوز شهادة المقطوع في السرقة والحدود في الشرب } . والدليل على صحة هذا قول الله تعالى ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾^(١) . والمقطوعة يده إذا تاب فهو من ذوى العدل . فيلغى أن تجوز شهادته . وقوله تعالى ﴿ وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ﴾ وهذا عام في جميع الرجال في جواز الشهادة . فلا يخص شيء منه إلا بدليل . ومن جهة السنّة ، أن رجلاً سرق بعيراً من قريش على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقطع يده ، ثم شهد بعد ذلك فلم يرد شهادته^(٢) . ومن جهة اتفاق الصحابة ما روى^(٣) عن عمر رضي الله عنه أنه قال بمحض من الصحابة أن الحدود في الشرب إذا تاب^(٤) فاقبلوا شهادته . ولم ينكر عليه أحد منهم . ومن جهة النظر أن شهادة المقطوع والحدود في الشرب لم ترد لأجل الحد ، وإنما ردت للفسق . ألا ترى أنها ترد قبل أن يتوب ، وإن لم يضرب الحد ، ولا قطعت يده^(٥) . فإذا كان كذلك وجب أن تقبل شهادته إذا أظهر التوبة كسائر الفساق إذا تابوا قبلت شهادتهم ،

(٣) ل : كذا .

(٢) ساقط من ل .

845 (١) سورة المائدة ، ٦٥ : ٢ .

(٢) أنظر صحيح البخارى ، حدود ، ١٤ .

(٤) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ل .

وإن لم يتيقن توبتهم لوجود المدالة في الظاهر بظهور التوبة . وليس هذا المحدود في قذف لأن شهادته رُدَّت لأجل الحد ، لا الفسق . ألا ترى أنها تقبل قبل استيفاء الحد . وإنما تبطل عند // [ل ٢٢ ب] استيفاء الحد . ففارق هذا ما ذكرنا لهذه العلة . ويمكن أن يخرج من جهة السنة أيضاً بقوله عليه السلام « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في فرية ، ينفى القذف ، ويجزأ عليه شهادة زور أو ظنيننا في ولاء أو نسب »^(٥) . والمقطوع في السرقة والمحدود في الشرب غارجان من هذه المعاني ، فيلغى أن تجوز شهادتهما .

فصل

846

{ وشهادة المحدود في القذف غير جائزة عندنا } . وقد بينا الحاجة فيها في مسائل الخلاف . وقد روى الحُصاف عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في فرية »^(١) ، وقد روى عن ابن عباس وابن المسيب والحسن وشريح وإبراهيم النخعي أن شهادته باطلة . وروى عن عمر بن الخطاب أيضاً في إحدى الروايتين أن شهادته باطلة فيما كتب إلى أبي موسى الأشعري : « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً حداً في الإسلام » . وروى عنه^(٢) أن شهادته جائزة [عند]^(٣) آخرين من التابعين . ولا يصح للمخالف أن يتعلق بهذا لأن راوى الخبر هو سعيد بن المسيب ، وليس له رواية مسندة عن

(٥) أقرب حديث بهذا المعنى : لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ، ولا مجلود حداً ولا مجلولة ، ولا ذمي غير على أخيه ولا مجرب عليه شهادة زور ، ولا الفاجع مع أهل البيت لهم ، ولا الظالمين في ولاء ولا قرابة . كنز العمال ، ج ٧ ، ص ٧ .

846 (١) لم يرد في ولسنك . قابل أعلاه بقرة 24 .

(٢) ساقط من ل . (٣) في الأصل : في .

عمر . فإذا كان كذلك لم يجر لهم أن يتعلقوا به إذ [ف١٩٧] المراسيل غير مقبولة عندهم . على أنهم لو أسندوه أيضاً لم يسحبهم المتعلق به لأن ماري سعيده ضعيف الرواية . فإذا كان كذلك صار الخبر ضعيف السند ، فلا يتعلق لهم به لو أسندوه أيضاً .

847

فصل

قال (١) : { ولو أقيم الحد على نصراني ثم أسلم قبلت شهادته . وكذلك إن ضرب بعض الحد في حال الكفر ثم استوفى في حال الإسلام قبلت شهادته } .

الأصل في هذا كله أن المحدود في القذف في الإسلام إنما بطلت شهادته ، والقياس بخلافه ، لأن الحد قد أوجب بطلان عدالة الإسلام له على التأييد . ففى وجد فيه هذا المعنى لم تقبل شهادته ، ومضى لم يوجد هذا المعنى لم ترد شهادته لأجل القذف . والنصراني إذا أُحد لم تبطل عدالة إسلامه ، إذا لم تكن له عدالة إسلام في تلك الحال . فإذا أسلم استجدت عدالة الإسلام فتقبل شهادته لوجود عدالة الإسلام ، إذا لم يحصل بعد الإسلام ما يوجب بطلان عدالة إسلامه . وليس هذا كالعيد إذا حد في القذف وهو مسلم ثم اعتق لم تقبل شهادته أبداً [ل ٢٤٣ أ] لأن العيد وإن لم يكن عدلاً في قبول الشهادة في حال وقوع الحرية ، فإنه كان له عدالة الإسلام . فوقوع الحرية أبطل تلك العدالة ، فلا تجوز شهادته بعد الحرية مع بطلان عدالة الإسلام فيه ، كالحرة المسلم إذا ضرب حد القذف لم تقبل شهادته لبطلان عدالة الإسلام فيه . وأما إذا ضرب بعض الحد في حال الكفر فهو مثل هذا أيضاً ، لأن بطلان العدالة متعلق بجميعة . فإذا وجد بعض (٢) الحد في حال الكفر حصل ذلك البعض غير موجب لبطلان عدالة الإسلام . فالبعض (٣) الآخر الذي وقع في حال الإسلام لا يبطّل عدالة

الإسلام فيه ، إذ قد قلنا : إن الذي أبطل عدالة الإسلام والمسلم المحدود في القذف استيفاء جميع الحد . ألا ترى أنه لو ضرب تسعاً وتسعين سوطاً ولم يضرب السوط الأخير لم تبطل عدالته في الإسلام وكان مقبولاً الشهادة . فقه بان لك أن لكل سوط من أسواط الحد تأثيراً في إبطال العدالة ، فلا يجوز لنا أن نحكم بطلان عدالته في الإسلام ببعض الأسواط . وإذا لم تبطل عدالتهم في الإسلام لهذه العلة قبلت شهادته .

قلت^(٢) : الشيخ : ليس الحكم في إبطال شهادة القاذف ، [وفي] التفسير يتعلق بآخر سوط لأنه لو لم يضرب به ذلك السوط^(٣) لم تبطل شهادته ؟ فقال : لا يتعلق الحكم بآخر سوط^(٤) ، إلا وقد تقدم حكم الأسواط المتقدمة . فإذا كان كذلك تعلق الحكم بجميع الحد . فالمرجوح الحد كله في الإسلام لم تبطل عدالته في الإسلام . فذلك قبلت شهادته .

مسئلة

848

{ وشهادة أهل الامة بعضهم على بعض جائزة } ، وقد بيناها // [ف ١٩٧ ب] في مسائل الخلاف في غير موضع .

قال : { وكل شهادة يشهد بها ذميّ فلم ينفذ الحاكم الشهادة ولم يحكم بها حتى أسلم المشهود عليه ، فإن الشهادة تبطل . وإن كان قد حكم بها ، ثم أسلم المشهود عليه لم تبطل [في] ما كان لا يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص } . أما إسلامه قبل القضاء بالشهادة فلأن الاستحقاق^(١) يتعلق بالقضاء . فإذا أسلم المشهود عليه قبل استحقاق الحق عليه [بالشهادة]^(٢) لم يجوز أن يستحق عليه

(١) ساقط من ل .

(٢) ل . قيل .

(٣) في الأصل : بالسعاية .

848 (٤) استحقاق .

الحق بشهادة اليمينين . والدليل على أن الاستحقاق يتعلق بقضاء القاضى بالينة أن الشهود لو رجعوا على الشهادة بعد القضاء بها لم يبطل حق المشهود له إذا كان بما لا تسقطه الشبهة ، وإن رجعوا بعد سماع الشهادة^(٣) قبل القضاء بها لم يستحق المشهود له بهذه // [ل٢٤٣ب] الشهادة شيئاً . فقد بان لك أن الاستحقاق يتعلق بقضاء القاضى بالينة . فذلك قلنا : إن المشهود عليه إذا أسلم قبل القضاء بالينة^(٤) لم يستحق عليه المشهود له شيئاً . وإن أسلم بعد القضاء بالينة لم يبطل حقه إذا كان بما لا تسقطه الشبهة لرجوع الشاهدين عن الشهادة بعد القضاء بها . وأما ما تسقطه الشبهة فإنه لا يستوفى منه ، من قبل أن هذه الشهادة لا تجوز في هذه الحال على المشهود [عليه] إذ هما ثميان ، والمشهود عليه مسلم . فصارَت الشهادة قد بطلت في حقه في هذه الحال . ومن أصلهم أن كل ما يُرد على الحدود والقصاص وما تسقط الشبهة قبل استيفائه صار لوجوده قبل القضاء بالحق على المشهود . ألا ترى أن الشهود لو رجعوا عن الشهادة بعد القضاء بالحد أو بالقصاص قبل الاستيفاء لم يجوز أن يستوفى الحد والقصاص ، وصار رجوعهم عن الشهادة شبهة في درء الحد والقصاص . كذلك ما ذكرنا يصير شبهة في درء الحد والقصاص . وما لا تسقطه الشبهة لا يبطل في مسئلتنا كما لا يبطل بالرجوع .

وأما السرقة فإن القطع يسقط ، لأن ما دون النفس بما تسقطه الشبهة . فالقطع في السرقة مثل القطع على وجه القصاص . وأما المال فلا يسقط بالشبهة ، فلا يسقط في مسئلتنا ، فيضمن السارق قيمة السرقة ويسقط القتل .

849 قال : // [ل٢٤٤أ] وقال أبو يوسف : أما القصاص في النفس وفيما دونها فأتى عند []^(١) والقصاص ، وأضمنته قيمة ذلك { .

(١) مكررهنا في له ثمانية أسطر .

(٣) ساقط من ل .

849 (١) بيان في الأصل .

قال الشيخ: ذكر الخصاص قول أبي يوسف، ولا يعرف عن أبي حنيفة خلاف هذا. ووجه أن القصاص إذا دخلته الشبهة تحول مالا. وهذا قد دخلته الشبهة فيبني أن يتحول إلى الدية.

قال: { ولا يرجع المشهود عليه على الشاهدين بشيء مما استحق عليه بشهادتهما } لأن الشاهدين // [ف ١٩٨ أ] لم يرجعا عن الشهادة، وإنما لم يرجع ابتداء شهادتهما عليه من جهة الحكم، لا من جهة الرجوع، فلا يلزمهما شيء.

قال: { وإن أسلم المشهود عليه بعد القضاء بالحدود والقصاص، ثم أسلم الشاهدان لجندا الشهادة عليه بذلك، فأما الحدود فإني أدرأها عنه، وأما القصاص فإني أمضيه عليه وأنفذه } . أما إذا لم تجدد الشهادة فلأن شهادتهما قد بطلت على المشهود عليه لكونه مسلماً ومهاذمياً. وقد بينا أن ما يسقط بالشبهة فوجود الشبهة بعد القضاء به قبل استيفائه كوجودها قبل القضاء. وهذه الشهادة لا تجوز "أن يقضى بها على المشهود عليه بالحدود والقصاص. فسارت ساقطة في ما تسقطه الشبهة. وأما إذا جدد الشهادة فلأن الحدود تسقط، ولا يسقط القصاص، من قبل " أن الحدود تسقط بالتقادم، والقصاص لا يسقط بالتقادم "٣". فإذا كان كذلك صار إبطال شهادتهم في الحدود والقصاص على المشهود عليه بإسلامه كرجوعهما عن الشهادة، ونهيدهما الشهادة [كما قامتهما] "٤" للشهادة بعد التقادم. فلا يقام عليه الحد بها، ويستوى منه القصاص، إذ التقادم يسقط الحدود ولا يسقط القصاص.

فصل

850

{ ولو كان الشاهدان أسليا أولا ثم أسلم المشهود عليه لجندا "١" الشهادة

(٣) ساقط من ف.

(٢) ساقط من ل.

(٤) في الأصل: بإقامتهما.

850 (١) ل: يحد ترد.

بدلته ، قال : فإن كان القاضى أبطل شهادتهما فيه بعد ما أسلم المشهود عليه قبل أن يجدد ذلك عليه ، ثم جددت الشهادة بعد ذلك لم تقبلها على الحدود .
ولم يذكر حكمها إذا جددت قبل إبطالها في الحدود . وقال في القصاص :
{ يثبت سواء جدد الشهادة قبل إبطال الشهادة الأولى أو بعد إبطالها } . وأما الحدود فإنها لا تقام بتجديد هذه الشهادة بعد القضاء بإعلان // [ل ٢٢٤ ب]
الشهادة الأولى فلأننا قد بينا أن الحدود تسقط بالتقادم . فإذا أسلم المشهود عليه لم يجر إقامة الحد عليه بأداء شهادتهما في حال الكفر فتبطل تلك الشهادة . فإذا قضى القاضى بإبطالها صار كأنهما قعدا عن الشهادة . فتجديدهما للشهادة بعد ذلك لا يوجب الحد كإقامة الشهادة بعد التقادم . ويبقى على هذه العلة أن لا يقام الحد عليه ، وإن جدد الشهادة قبل إبطال القاضى الشهادة الأولى ، لأن تلك قد بطلت من حيث لا يجوز استيفاء الحد بها بحال ، فصار كأنه قعد عن الشهادة ^٢ فتجديدهما بعد ذلك للشهادة يصير بمنزلة إقامة الشهادة ^٢ بعد التقادم . فيسقط الحد ولا يسقط القصاص فهو بين في الفصائل جميعاً ، لأن أكثر أحواله أن تصير هذه الشهادة بمنزلة التقادم فلا يمنع استيفاء القصاص .
وأما إبطال القاضى للشهادة الأولى فإنما لم يمنع قبول هذه الشهادة لأنه لم // [ف ١٩٨ ب] يبطل شهادتهما الأولى للثمة . وإنما أبطلها لتكون الشاهدان ليسا من أهل الشهادة في حق المشهود عليه . والإسلام مما يثبت عند القضاء بالبينات ، فصار كرد شهادة العبد والصبي ، إنها لا تقبل إذا أعتق العبد وبلغ الصبي فشهد .

فصل

861

{ وليس هذا كرد الشهادة للثمة { لأن زوال التهمة مما لا يثبت بالبينات عند الحاكم ، فلا يثبت زوالها أبداً من جهة الحكم . فلا يجوز تلك الشهادة

أبدأ . وكذلك الذي إذا شهد على ذي فرمحت شهادته للثمة ثم أسلم لم تقبل تلك الشهادة أبداً لأنها قد رُدّت للثمة .

فصل

852

قال : { ولو كانت عند الذي شهادة على مسلم ، فأسلم الذي ثم شهد على المسلم فهو جائز } لأن الذي قد وقع له العلم بالشهادة في حال التحمل كما يقع للمسلم . فإذا شهد وهو مسلم جازت شهادته^(١) لكونه مسلماً شاهداً بما يعلم .

باب الشهادة على الشهادة

853

ذكر أخباراً في صدر هذا الباب ومسايل الأصول فلم نر الاشتغال به وجهاً ، // [ل ٢٤٥ أ] إذ قد حصلناها في كتب الأصول .

قال رحمه الله : لفظ الإشهاد أن يقول الشاهد : [شهد على شهادتي : إلى أشهد أن فلان بن فلان الفلاني له على فلان بن فلان الفلاني كذا وكذا درهما . فلفظ الشاهد إذا أدى الشهادة على وجه الإيجاز أن يقول : أشهد أن فلان ابن فلان الفلاني أشهدني على شهادته أنه يشهد أن لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا وكذا درهما . هذا على جهة الإيجاز . فأما إذا أراد التوكيد فإنه يقول : أشهد أن فلان بن فلان الفلاني " أشهدني على شهادته وقال : [شهد على شهادتي أني أشهد أن لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني " كذا وكذا درهما . وذكر الخصاص { أنه يشهد أن فلان بن فلان الفلاني أشهده على شهادته أنه يشهد أن فلان بن فلان الفلاني أقر عنده

852 (١) سائط من ب .

853 (١) سائط من ل .

وأشبهه على نفسه أن لفلان بن فلان الفلاني هذا عليه ألف درهم ، وقال لنا :
 { أشهدوا على شهادتي : أني أشهد أن فلاناً أقر عندى لفلان بألف درهم } ،
 فذكر لفظ الشهادة ثمانى مرات . ^(٢) وقد ذكرنا أن أربع مرات ^(٣) تجزى ،
 وهو على جهة الاختصار ، وست مرات تجزى وهو ما قال الشيخ ، وذكر
 أيضاً محمد فى الجامع الكبير . والذى قال الخصاف طويل . إن قوله : أقر
 المطلوب عنده وأشبهه على نفسه ، غير محتاج إليه ، لأن شاهد الأصل يجوز
 له أن يشهد على الحق وإن لم يشهد عليه المطلوب . وكذا قوله : شاهد الأصل
 يقول : إنى أشهد ، يجوز أن تقتصر على مرة واحدة فلا يحتاج إلى إعادته .
 [و] إجراء هذين اللفظين قد زادهما الخصاف ولا حاجة لنا إليهما ، إلا أنه
 لا يضر ذكرهما فى الشهادة ، لأنه يجوز على وجه التأكيد . { فإذا قال لها :
 أشهدا أنى أشهد على إقرار فلان بن فلان بكذا وكذا فإن أبا حنيفة قال :
 لا أقبل } [ف ١٩٩ أ] ذلك . وقال أبو يوسف ^(٤) فى الأمالى ^(٥) : جائز .
 لأنى حنيفة أن هذه شهادة . وقوله : { أشهدا أنى أشهد ، لم يشهدا على شهادة
 وإنما قال : { أشهدا أنى أشهد ، فما إذا قالوا عند القاضي : نشهد أن فلاناً
 أشهدنا أنه يشهد ، لم تكن هذه شهادة على شهادة شاهدى الأصل ، وإنما هى
 شهادة على أن شاهدى الأصل يشهدان . فيدعى أن يحضر شاهدا الأصل حتى
 يشهدا بالحق . } [ل ٢٤٥ ب] وأما أبو يوسف فإنه يحمله على أن قوله :
 { أشهدا أنى أشهد ، على معنى : أشهدا على شهادتي أنى أشهد . وهذا ليس بشيء
 لأنه لا يجوز لنا إثبات شيء غير موجود فى لفظ الشاهد . وكذلك لو قال له :
 إنى أشهد على فلان لفلان بألف درهم أقر بها ، فأشهدا بذلك ، لأن هذا أمر
 بالإشهاد على أنه يشهد ولم يشهد على شهادته فهو مثل الباب الأول ، لم يجر على
 قول أبى حنيفة ^(٦) ويجوز على ^(٧) رواية أبى يوسف .

(٣) ساقط من ل

(٢) ساقط من ل

(٤) ساقط من ل

854 قال : { فإذا شهد الرجلان^(١) عند القاضى على شهادة رجل وصحها الشهادة فإنه ينبغي للقاضى أن يسألها من عدالة الذى شهدا على شهادته . فإذا قالا : هو عدل ، أثبت ذلك فى موضع شهادتهما فى المحضر } ، لأن شهادة هذين تتعلق صحتها بشهادة شاهدى الأصل ، فينبغى أن تكون عدالتهما ثابتة مع شهادة شاهدين .

قال : { فإن كان القاضى يعرفهما بالعدالة أو سأل عنهما فشدّ لا أخبر بتعديلهما للشاهد الذى شهدا على شهادته ولم يسأل عنه } . وذلك أن هذين وإن كانا يبعدان على شهادة شاهدى الأصل فإنه يجوز لها أن يعدّلا شاهدى الأصل كما يجوز لغيرهما أن يعدّلا .

قال : { وإن قالا : لا نخبره ، لم يقبل شهادتهما على شهادته . وكذلك إن قال : أنا أتيك بمن يعدّله لم يقبل ذلك . وهذا قول محمد } .

قال : { وروى عن أبى يوسف أنه قال : أقبل ذلك وأسأل عنه } . أما محمد فإنه ذهب إلى أن توقف هذين فى تركية شاهدى الأصل [خروج]^(٢) عن عدالتهما . فصارا كأنهما قالا : قد أشهدانا إلا أننا تنهما فيها ، لأنه لو لم يتهماها ما سكنا من معنى الإخبار بعدالتهما^(٣) حينئذ . عن ذلك ، إذ الظاهر من أمور المسلمين العدالة . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أنه يجوز أن يتوقف هذان احتياطاً حيث يتفق على عدالة شاهدى الأصل ولا غير العدالة ، فصار سكوت هذين عن الخبر بعدالة شاهدى الأصل كعدمه ، فيسأل غيرهما عن عدالة شاهدى الأصل .

854 (١) ل : الرجل .

(٢) ل : الأصل : خرجا .

(٣) ل : حتى يسأل .

قال : { وإن شهد رجلان على شهادة رجل مريض في المصر لا يقدر على أن يحضر مجلس القاضي فالشهادة جائزة } .

قاله : { وإن شهدا على شهادة رجل غائب من المصر فإن هذا على وجهين ^(١) أحدهما أنه [٢٤٦] قال : إن كان إذا غذا من منزله فأتى مجلس القاضي فشهد، يعود فيبيت في منزله ، لم يقبل الحاكم ذلك حتى يحضر الشاهد فيشهد . وإن كان ممن لا يندو ويروح إلى منزله قبل الحاكم شهادة // [ف ١٩٩ ب] [الشاهدين على شهادته ^(٢) وهذا قول أبي يوسف . والقول الآخر أنه لا يقبل شهادة الشاهدين على شهادته ^(٣) حتى يكون بينه وبين موضع القاضي ما [تقضى] ^(٤) فيه الصلاة ، وهو قول أبي حنيفة } .

قال الشيخ : ولا أعرف هذه الرواية التي رواها عن أبي يوسف . والمشهور عنه وعن محمد جميعاً أن قولهما في الشهادة على الشهادة كقولهما في الوكالة الخصومة أن الخصم ، سواء كان مريضاً لا يقدر الحضور ، أو غير مريض ، ولا مسافراً ، فإن وكالته في الخصومة جائزة عندهما . وعند أبي حنيفة : لا تجوز حتى يكون الخصم غائباً عن البلد مسيراً أو مسافراً ، أو كان مريضاً غير قادر على الإحضار عند الحاكم . فالشهادة على الشهادة مبنية على هذا الأصل . والمعنى الجائز بينهما أن حق الطالب للشهادة قد تعلق على شاهدي الأصل فلا يجوز نقله إلى غيره ، كالخصومة التي قد لزم الخصم فلا يجوز نقلها إلى غيره ، أو لم يعجز عنه بالمريض والسفر . وأيضاً لم يختلفوا أن شاهدي الأصل لو كانا حاضرين عند القاضي لم تجز شهادة غيرهما على شهادتهما . والمعنى فيه أنهما قادران على أداء الشهادة

(٢) ساقط من ل .

856 (١) ف . قولهم .

(٣) في الأصل : تقضى . والمعنى الجب في الصلاة لطول السفر .

من غير سفر يلزمهما ولا حضورهما مع المرض . وهذا المعنى موجود في حال كونهما في منزلهما . فيلزم أن لا تصح شهادة غيرهما على شهادتهما .

856 قال : { وإذا شهد الرجلان عند القاضي على شهادة رجل لرجل على رجل بحق ، فإن كان الشاهد الذي أشهدهما على شهادته وقفنهما على الطالب والمطلوب ، فقال : أشهد أن فلان بن فلان هذا أقرّ عندى فلان بن فلان هذا عليه كذا وكذا وهرقهما إياهما ، وكان إيشادهما إياهما بحضور منهما فالشهادة «جائزة» ، لأنهما يشهدان على الأمين فلا يحتاج إلى التعريف بالنسبة كشاهدى الأصل^(١) إذا شهد على المعبود عليه بعينه لم يحتاج إلى التعريف بالنسبة^(٢) .

قال : { ولو لم يكونا حاضرين ، أو كان الطالب حاضراً والمطلوب غائباً أو ميتاً ، أو كان المطلوب حاضراً والطالب غائباً أو ميتاً فإنه يبنى للشاهدين اللذين يشهدهما أن ينسبا الغائب أو الميت // [ل٢٤٦ب] منهما إلى أبيه وجده^(٣) . وقيلته وصناعته إن كانت له صناعة وإلى ما يعرف به . فإن نسبوه إلى أبيه وجده^(٣) ولم ينسبوه إلى قبيلته قبلت ذلك وأجرت الشهادة . وإن نسبوه إلى أبيه فقط لم تجز شهادتهما . وكذلك لو قال فلان بن فلان الكوفي أو البصري ، لم أقبل ذلك حتى ينسبوه إلى أبيه وصناعته أو قبيلة أو شيء يُعرف به { ، من قبل أن هذه الشهادة لم تقع على عين وإنما تقع على الصفة ، فيلزم أن يُؤق بالصفة التي يعرف بها المعبود عليه والمعبود له ، ولا يقع بينهما وبين غيرهما نسبة في الأغلب .

مسئلة

857

قال : { ولو أن رجلين شهدا // [ف ٢٠٠أ] على شهادة أبيهما بحق لرجل

(٢) ل : بالبينه .

856 (١) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ل .

على رجل جاز . وإن شهدا على قضية أيهما لرجل على رجل لم يجوز { .
أما جواز الشهادة على شهادة أيهما فلأن إيجاب الأب لها على شهادته
لا [يوجب]^(١) الحق المدعى . وإذا كان كذلك فشهادتهما على شهادة الأب
وشهادتهما على شهادة غيره سواء ، في كلا الحالين لم يشهدا على إثبات الحق
بفعل الأب . وأما شهادتهما على قضاء أيهما فلأنها لا تجوز لأن نفس القضاء
يوجب الحق وهو فعل الأب ، فشهادتهما على فعل الأب الذي هو الموجب
لإثبات الحق المدهى لم يجوز . كشاهدين شهدا على الخالف بطلاق امرأته
أو حق عبده إن دخل أبوها الدار ، أن أباهما قد دخل الدار ، فلا يجوز
لأنهما يشهدان على إثبات الحق بفعل الأب . فلا تجوز كما لا تجوز شهادتهما
على عتق الأب لعبد الموكّل بعته ، لأنهما يثبتان العتق بفعل الأب على عتق
الأب ، فلا تجوز شهادتهما ، كما لا تجوز شهادة الأب نفسه ، على عتق عبد
الغير بوكالته .

مسئلة

858

قال : { ولو أن رجلين شهدا عند القاضي على شهادة رجلين فقالا للقاضي :
نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما أنهما يشهدان بكذا وكذا
ولا ننسبهما لك ، أو قالوا : لا نعرف أسماءهما ، لم يقبل القاضي شهادتهما
حتى يسميا من يشهدان على شهادتهما { ، من قبل أن القاضي يحتاج أن يحكم
بصحّة شهادة شاهدي الأصل . أو لا ترى أنه لو لم تثبت [٢٤٧]^(١) عدالة
شاهدي الأصل لم يحكم بهذه الشهادة ، وإن كان هاذان عدلين ، لأن الحكم
يقع أولا بصحّة تلك الشهادة ، ثم بهذه . فإذا لم يعرف القاضي شاهدي الأصل
لم يقبل شهادة [الشاهدين على الشهادة]^(١) .

857 (١) في الأصل : يوجب .

858 (١) في الأصل : شاهدين .

باب الشهادة في الحدود ونحو ذلك 859

ذكر { عن عطاء ^(١) } تأويل قوله تعالى ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ ﴾ ^(٢) أى لا تضعوا حدود الله ، يعنى بأن يُشفق على من وجب عليه الحد فلا يؤخذ بالحد رحمة له عليه وشفقة له { ، لأن فيه تنصيح حدود الله تعالى ، وذكر مجاهد ^(٣) } تأويل قوله ﴿ وَلَيْشَهِدْ هَذَا بَهِمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ ^(٤) إن الطائفة اسم للواحد ، فافرقه ، يعنى أن يحضر طائفة من المؤمنين عند إقامة الحدود . وذكر حديث عمر رضى الله عنه أنه قال : إنما قوم شهدوا على رجل بحد لم يشهدوا به ^(٥) «حين يُصيه» فلما شهدوا على ضغن { . فأقادنا هذا الخبر أن الحدود تسقط بالتقدم لأن قوله حجة إذا ظهر منه بمحض من الصحابة من غير تكثير من أحد منهم عليه .

مسئلة

860

{ ولو أن أربعة شهدوا على رجل بالزنا ، فشهدوا عند الحاكم أنهم رأوه زنى بهذه المرأة ، [أ] وكانت المرأة غائبة فشهدوا أنه زنى بامرأة رأوها ، وقالوا : رأينا ذكره في فرجها قد غاب كما يغيب الميل في المكحلة ، ووقفهم الحاكم على الموضع والبسلة الذى زنى فيه فوصفوا ذلك ، فإنه يقيم عليه // [ف ٢٠٠ ب] الحد : إن كان محصناً رجلاً ، وإن كان غير محصن جلده مائة جلدة ، بعد أن يكون الشهود شهدوا عليه قبل التقدم { . أما كون المرأة

859 (١) هو عطاء بن دينار الهذلي ، تولى سنة ١٢٦ هـ .

(٢) سورة النور ، ٢٤ : ٢

(٣) هو مجاهد بن جبر ، مفسر مكي ، تولى سنة ١٠٤ هـ .

(٤) سورة النور ، ٢٤ : ٢

(٥) كذا في ف . ولى ل . ج . حتى ، وكلمة فيه بطروقة .

بجهولة أو غيبة فإنما لم يمنع وجوب الحد بالشهادة كما لا يمنعه الإقرار لأن الحد يلزم الرجل في الحالين دون المرأة في حال غيبته . والأصل في ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رجم ماعزاً^(١) بإقراره ، ولم يسأله عن حال المرأة ، ولا دأ عنه الحد بغيبة المرأة . فهذا أصل في وجوب الحد على الرجل مع جهالة المرأة المزني بها أو غيبته . فإذا صح هذا في الإقرار بالحد فالشهادة مثله // [ل ٢٤٧ ب] ، لأن الذي يجب عليه الحد هو الرجل والشهادة قد وقعت عليه نفسه . وأما صفة الزنا كيف هو ، فوضعها كتاب الحدود . وكذلك وجوب الرجم على المحصن [والجلد]^(٢) على غيره بالزنا . وليس ما هنا موضعه لأن صاحب الكتاب لم يتعرض له . أما سقوط الحد بالتقادم فلما يتناهى خبر عمر رضى الله عنه ، قال : التقادم ما كان منذ شهر فما فوقه مما لم يشغلهم عن ذلك . وإن كان أقل من ذلك فليس بتقادم .

قال الشيخ : وهذا على حسب الاجتهاد . ووجهه أن ما دون الشهر في معنى القرب . ألا ترى أنه لو حلف لأعطين دينه إلى قريب ، كان ذلك ما بينه وبين دون الشهر . فما دون الشهر لم يدخل في حكم التقادم ، والبعد في الفسوخ^(٣) . فإذ ذلك قد زادنا التقادم بالشهر فما فوقه . وأيضا فإن الأغلب من آجال الناس في البياعات وغيره إنما هو في ما دون الشهر ، فكذلك في مثلتنا يلغى أن يكون ما دون الشهر وقتاً لأداء الشهادة على الحدود . وإذا بلغ الشهر وجب أن يخرج من وقت الأداء ، إذ الأغلب أن آجال الناس للديون وأداء الحقوق في ما دون الشهر ، وإن كان قد يؤجل شهراً فما فرقه فإن الأخذ بالحد في الأغلب أولى ، لأنها تسقط بالشبهات .

880 (١) هو ماعز بن مالك الأسدي . أنظر ابن خلدون ، طبقات ، ج ٤ ، ص ٧ .

٥٧ ، ومسلم أحمد بن حنبل ، ج ٤٥٠٧ .

(٢) أي الكف عنه .

(٣) في الأصل : والحد .

881 قال : { وإن كان في بلدة ليس فيها قاضٍ ، أو لما قاضٍ إلا أنه غاب عن البلد ، فتقدم ذلك ثم شهدوا به ، قُبِلَت شهادتهم } لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قبل شهادة أبي [بكر]^(١) ونافع بن الحارث بن غزلة [كلدة] وسهل بن معبد على المغيرة بن شعبة بالزنا بعد المدة ، من قبل أن عمر يرضى الله عنه كان بالمدينة وهم كانوا بالبصرة فلم يقدروا على إقامة الشهادة ، فجعل عمر ذلك عذراً لهم في القمود عن الشهادة ولم يرد شهادتهم لأجل التقدم ، وإن كان قد أبطلها لمعنى آخر ، وهو أن الرابع كان زياد بن أبيه . فلما جاء إلى عمر قال له عمر : أرى وجه الرجل أن يفضح الله رجلاً من أمة محمد^(٢) صلى الله عليه وسلم ، فقال له زياد : أما ما قالوا ، هؤلاء ، فلا أدري ، ولكن رأيت أمراً فظيماً^(٣) ، فقال له عمر ، الله أكبر ، فدرا الحد عن المغيرة وحد أولئك الثلاثة ، كل واحد منهم ثمانين جلدة ، حد القذف^(٤) .

ووجه آخر من أن الحد لا يسقط بالتقدم إذا كان // [ل ٢٤٨]
من هند أن الوليد بن عقبة شرب الخمر بالكوفة فشهدوا عليه بعد مدة // [٢٠١] بذلك عند عمر بن الخطاب^(٥) بالمدينة لأنهم لم يقدروا على إقامة الشهادة في الحال ، إلا بعد ذهابهم إليه .

882 قال : { وإن شهدوا أنهم تعمدوا النظر إليه وهو يحامعها ليشهدوا عليه بالزنا جازت شهادتهم } لما روى أن الذين شهدوا على المغيرة ترصدوا له

881 (١) في الأصل : بكر . وعنه القصة مذكورة بعض من التطويل في كتاب الأغاني لأبي الفرج الأسدي (مطبعة التقدم) ج ١٤ ، ص ١٣٩ - ١٤٢ .

(٢) في الأغاني : إلى لأرى رجلاً لن يغزى الله على لسانه رجلاً من المهاجرين .

(٣) في الأصل : فضيماً .

(٤) مزيد في ل : وشرب الخمر بالكوفة .

(٥) والصحيح : عند عثمان بن عفان . أنظر ترجمة الوليد بن عقبة في الإلام للزركلي ج ٩ ، ص ١٤٣ .

في غرفة لآني [بكرة] حتى جاء المفيرة ودخل عليها ثم جعلوا ينظرون إليهما لأجل الشهادة ، فلم يرد عمر ، رضى الله عنه ، شهادتهما لأجل تعمد النظر . وأيضاً فإن الواجب عليهما في الشهادة أن يشهدوا على العين ، فلا يد لهم من النظر إليهما إذا قصدوا إلى إقامة الشهادة ، لقوله عليه السلام « إذا رأيت مثل هذه » ، يعنى الشمس ، « فاشهد وإلا فذع » (١) .

863 قال : { وإن حضروا القاضى فشهدوا في مجلس واحد ، تمت الشهادة . وكذلك إن كان القاضى يدعوهم واحداً واحداً حتى يأبى الأربعة ، فشهدوا بذلك ، جازت ، ويقام عليه الحد } .

قال : { وإن شهد الثلاثة ولم يشهد الرابع حتى قضى القاضى بوجوب الحد على الثلاثة ، ثم شهد الرابع بعد ذلك ، حدوا جميعاً ، ولم يُعَدَّ المشهود عليه } ، من قبل أن القاضى قد حكم بكون الثلاثة قذفة ، فشهد الرابع بعد ما صار الثلاثة قذفة ، فلا يسقط الحد عنهم ، ويجب على الرابع أيضاً الحد ، لكونه قاذفاً ، إذ لم يُقبل شهادته .

قلت للشيخ : لما كانت الشبهة التى تسقط الحد ، وجودها قبل استيفاء الحد بعد القضاء بالحد كوجودها قبل القضاء في درء الحد ، لم لا تقول : إن شهادة الرابع شبهة في درء الحد عن الثلاثة : لم يلزم الحد الثلاثة . فقال : إنما يمنع وجوب الحد على الثلاثة إذا شهد الرابع قبل قضاء القاضى بالحد على الثلاثة ، لأن القاضى يحكم بشهادة الرابع : فإذا حكم بشهادته تمت الشهادة فلم يلزم الثلاثة الحد . وأما في مسئلتنا فليس كذلك لأن القاضى لم يقض بشهادة الرابع ، فلم يوجد المعنى المسقط للحد عن الثلاثة بعد القضاء // [ل ٢٤٨ ب] بالحد عليهم . وقد ومجد قبل القضاء بالحد عليهم . إذ المعنى هو صحة شهادة

الرابع ، وهذا المعنى موجود قبل القضاء بالحد على الثلاثة إذا شهدوا معه [قبل]^(١) القضاء على الثلاثة أو بعده .

قيل للشيخ : لم يجب على الشهود الحد إذا جاؤوا متفرقين ، وجاه كل واحد منهم قبل غيره ؟ فقال : بقول الله تعالى ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ﴾^(٢) فعموم هذا يوجب الحد على كل من رمى المحصنة إذا لم يأت بأربعة شهداء . إلا أن الدلالة قد دلت على أن الأربعة إذا جاؤوا معاً وشهدوا عليها بالزنا لم يجب عليهم الحد ، ويجب على المشهود عليه بقى الباقي على عمومه .

قيل له : هذا دعوى ، لأن نفس مجيئهم متفرقين يفرجهم من كونهم جاثين على وجه الشهادة ، ويكونون قذفة . الدليل على صحة هذا أن الأول إذا جاء وقال : أشهد أن فلانا زنى ، ووصف الزنا ، كان قاذفاً له بالاتفاق ، ولم يجزىه الباقون . فإذا جاؤوا إليك وجب أن لا يفرج من حد القذفة إذا القول قد وقع منه // [ف ٢٠١ ب] قذفاً غير شهادة . وليس كذلك إذا جاؤوا جميعاً في موضع واحد لأنهم قد جاؤوا بجيء الشهادة بالاتفاق . فلذلك لم يصيروا قذفة في حال الاجتماع ، وصاروا قذفة في حال الانفراد .

مسئلة

864

{ وإن شهدوا عليه بالزنا فتشهد اثنان أنه زنى بها بالكوفة ، وشهد اثنان أنه زنى بالبصرة درى عنهم وعنه الحد جميعاً } . أما المشهود عليه فإنما لم يلزمه الحد لأن الحد يسقط بالشبهة ، وقد دخلت الشبهة في هذه الشهادة حيث اختلفا في مكان الزنا الواقع . وأما الشهود فإنما لم يلزمهم الحد لأن المعنى المسقط

للحد عن المشهود عليه هو الشبهة فلا يجوز أن يوجب الحد على الشهود بالشبهة
ألا ترى أنهم لو اقتصروا على الزنا ولم يفسروا المكان كانت الشهادة صحيحة .
فقد بان ذلك أن المعنى المسقط للحد إنما هو زيادة المكان المختلف فيه . فصار
هذا شبهة في درء الحد عن المشهود عليه . فلا يجوز أن يسقط الحد بالشبهة
ويوجه على الشهود بعين تلك [[ل ٢٤٩ أ] الشبهة ، إذ الشبهة لا توجب
الحد وتسقطه .

قلت للشيخ : أليس الزنا الواقع بالبصرة غير الزنا الواقع بالكوفة ، فهما
زنا مان ، شهد كل رجلين على زنا غير ما شهد عليه الآخران ؟ فيجب أن يُصدوا
جميعاً إذ لم يحصل على كل زنا إلا شهادة رجلين ، وشهادة رجلين باقرادهما
على زنا يوجب الحد .

فقال : ليس " كذلك ، لأنهم إذا جاؤوا جميعاً في موضع واحد فقد
جاؤوا بحجـ الشهادة ، فشهدوا بالزنا جميعاً ولم يكونوا قذفة . وإنما بطلت
شهادتهم بزيادة المكان المختلف . فصارت تلك الزيادة شبهة في درء الحد لأن
الشهادة لم تكن صحيحة . فإذا كان كذلك لم يجوز أن يوجب على الشهود الحد
للك الشبهة ، إذ الحد لا يوجب الشبهة وإنما يسقط بها . فليس كذلك إذا
كانوا متفقين ، كل شاهدين على زنا متفرد ، لأنهم جاؤوا بحجـ القذفة . فلذلك
اختلفا . وهذا الموضع مشكل لأن شهادة الأربعة في الزنا كشهادة الاثنين في
غير الزنا . ولم يختلفوا أن أحد شاهدين لو شهد أن هذا ضرب من هذا الرجل
عبداً أو ألف درهم بالكوفة ، وشهد الآخر أنه ضربه منه بالبصرة ، أو قال
أحدهما : إنه باعه منه عبداً بالكوفة ، وشهد الآخر أنه باعه منه بالبصرة لم
تقبل هذه الشهادة ، وإن كانت هذه الحقوق لا تسقط بالشبهة . فشهادة الأربعة
في الزنا مثل هذا ، لأنه شهد اثنان أنه زنى بالكوفة والآخران أنه زنى بالبصرة

فشهادتهما باطلة وصاروا قذفة . فلهذا المعنى لم يجب على المشهود عليه الحد ،
لأن المعنى آخر . وإن كان كذلك وجب أن يحذف الشهود جميعاً ، وإلى هذا المعنى
ذهب زُفر وقال : يجب على الشهود الحد . والله أعلم . وهو القياس . وأما
سائر أصحابنا فإنهم استحسنا دحض الحد عن الشهود ووجهه ما ذكرنا .

{ وكذلك لو اختلفوا // [ف ٢٠٢ أ] في دارين أو في بيتين أو في
دقيقتين ، فهو مثل هذا ، لم يجب على الشهود استحساناً ، ولا على المشهود
عليه . وعند زُفر يجب الحد على الشهود ، ولا [يجب على] المشهود عليه . }

قال : { وإن اجتمعوا جميعاً على بيت واحد ، فقال اثنان : عن يمين
البيت // [ل ٢٤٩ ب] وقال الآخرون عن يسار البيت فإنه يقال على الرجل
الحد { من قبل أنهم لم يختلفوا في كون الزنا زناً واحداً . وقد يجوز أن
يعتدى الواطئ في زاوية من البيت ثم يصير في زاوية أخرى بالاشتغال بها .
وكذلك يجوز أن يكون في وسط البيت [فيُخفيف^(٢)] بعض الشهود إلى
جانب من البيت وبعضهم إلى الجانب الآخر للتقريب . فإذا احتُمل هذا لم
يجز لإبطال الشهادة مع إمكان حملها على الصحة . }

فصل

865

{ وإن شهد اثنان أنه زنى بامرأة حبشية وشهد اثنان أنه زنى بامرأة
خراسانية ، أو قال اثنان : كوفية ، واثنان : بصرية ، أو قال اثنان : أمة ،
واثنان : حرة ، أو قال اثنان : سوداء ، واثنان : بيضاء ، فإن الحد يدرأ عنه
وعنهم جميعاً في هذه الوجوه كلها { . واختلافهم في نسبة المسكان والصفة
كاختلافهم في الأوقات والأماكن على ما ينشأ . ويلبى أن يكون هذا أيضاً

(٢) في الأصل : فيصف .

على الخلاف في قول زفر يحد الشهود . وفي قول سائر أصحابنا : لا يحد واحد منهم . وعلة كل قول ما ذكرنا في الفصل الماضي . وبالله التوفيق .

فإن قيل : أليس من أصل أبي حنيفة أن شاهدين لو شهدا على رجل بأنه غصب من رجل بقرة ، إلا أنهما اختلفا في لون البقرة ، فقال أحدهما : سوداء ، وقال الآخر : بيضاء ، إن شهادتهما مقبولة ؟ فلم لا تكون هذه الشهادة مثلها ؟ قيل له : الفرق بينهما أن البقرة يجوز أن تكون بقاء ، فغصب أحد الشاهدين إلى البياض والآخر إلى السواد . والمرأة لا يجوز أن تكون بقاء ، بعض بدنها أسود ، وبعضه أبيض ، حتى يوجد في مسئلتنا ما وجدنا في مسئلة الشهادة على غصب البقرة ، فذلك افتراقا .

886 قال : { وإن كانت المرأتان حاضرتين } ، يعني في هذه المسائل التي ذكرناها ، { كان لكل امرأة منهما أن تقيم على الشاهدين اللذين شهدا عليها الحد لأنهما قد قذفاها ، إلا الأمة فإنه لا يجب على قاذفها الحد } .

قال : وكذلك لو شهد اثنان على امرأة أنها قد بلغت ، وقال الآخران : لم تبلغ ، فهو مثل هذا { ، لا يجب على الشهود ولا على المشهود عليه الحد ، إلا عند زفر على ما بينا .

قال : { ولو شهد اثنان أنها كانت بيضاء والآخران أنها كانت سوداء وجب الحد على الرجل } ، لأن هذا متقارب . { وكذلك لو قال اثنان أنه كان عليها ثياب حر ، وقال الآخران : كانت ثياباً صفراء } ، لأن الصفر والحر متقارب ، يجوز أن يقرب بعضها^(١) على الصفرة وبعضها^(٢) على الحرة ، لأن لون الثياب لا يتعلق بالشهادة ، ولا بأوصافها . وقال زفر في هذا كله :

يجب على الشهود الحد ولا يجب على المشهود عليه ، لأنهم قد اختلفوا // [ف ٢٠٢ ب] في الشهادة فتبطل شهادتهم وصاروا قذفة .

867 قال : { وإذا ثبت الزنا على الرجل عند الحاكم فينبغي أن يسأل عن إحصائه } ، من قبل أن الحد مختلف بكونه محصناً أو غير محصن ، لأنه إن كان محصناً يُرجم وإن كان غير محصن يجلد .

قال : { فإن ثبت إحصائه بشهادة شهود ، فقالوا : تزوج امرأة مسلمة نكاحاً صحيحاً وثبت دخوله بها ، فينبغي أن يحكم عليه بالرجم } . وذلك أن صفة الإحصان عندنا أن يكونا حريين مسلمين صحيحي العقل ، تزوجها نكاحاً صحيحاً ودخل بها وهما كذلك . فإذا ثبتت هذه الأوصاف في المشهود عليه وجب الرجم . وما لم يثبت لم يُرجم لعدم شرط الإحصان .

قال : { ولو شهد على ذلك جماعة } ، يعني على إثبات الزنا عنده ، { فيقول : إشهدوا أنه قد ثبت عندي شهادة شهود أربعة شهدوا عندي أن هذا الرجل زنا بامرأة وراوا ذكره في فرجها ، ووصفوا الزنا حتى صح ذلك ، وسألت عنهم سرّاً وعلانية ، فشهدوا ، وقد حكمت عليه بالرجم وقضيت بذلك عليه وأمرت برجمه } . وذلك لقول الله تعالى ﴿ وليشهد عداً بينهما طائفة من المؤمنين ﴾^(١) يعني في حد الزنا ، والرجم في حدود الزنا ، ولأن الشهادة على هذا تكون أني للهمة في القاضي ، ولأن الحدود تسقط بالشبهات ، فيُظهر القاضي ذلك ، فرمما يظن واحد في الشهود بما يوجب سقوط شهادتهم ، ويسقط عنه الحد .

868 قال : { ويخرج إلى موضع كثير الحجارة فيبدأ الشهود بالرجم ، ثم الإمام ، ثم الناس } ، وذلك أن البداية بالشهود يكون امتحاناً لهم ، لأنهم

إن كانوا صادقين في ذلك لا يمتنعون من قبله، وإن كان غير ذلك فلا يتجاسرون على ذلك، فيمتحنهم الإمام بالبداية بالرجم. والاصل في الرجم ما روى "عن عليّ رضي الله عنه" أنه لما اعترفت شراحة الحمدانية بالزنا فأراد رجما، قال // [ل ٢٥٠ ب] : الرجم رجمان، فرجم بالينة ورجم بالاعتراف. فأما الرجم بالينة فيبدأ الشهود ثم الإمام ثم الناس. وأما الرجم بالاعتراف فيبدأ الإمام ثم الناس. وهذه قد اعترفت، فإذا أنا رجمتها فارجعوها. ثم بدأ هو فرجمها بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد، فصار كالإجماع منهم.

قال الشيخ : وروى عن عليّ أنه كان يمتحن الشهود في السرقة فيأمرهم بالقطع وسدين وجه الفرق بينهما فيما بعد.

قال : { ولا يجوز أن يحفر له حفرة } . والكلام في هذه المسائل من كتاب الحدود، إلا أنا نذكرها هنا ما يسر.

قال : { وإن أبي الشهود أن يرجعوا، أو كانوا غُيبًا، أو أبي ذلك بعضهم، لم يرجع الإمام، في قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف : يرجع الإمام إن أبي ذلك الشهود، حضروا أو غابوا. وإن كان حده الجلد فيُجْرَد ويُضْرَب مائة سوط، ويُفْرَق الضرب على أعضائه ما خلا الرأس والوجه. ويضرب^(٢) على ظهره وعصديه وتظديه وساقيه حتى يُعطى كل عضو حظه من // [ف ٢٠٣ أ] الألم } وأما الوجه فلا يضرب لما روى من النبي "عن ذلك"^(٣). وكذلك المذاكير لما فيها من خوف التلف.

قال : { وإذا كانت امرأة ضربها في ثيابها وهي جالسة. وأما الثياب فلا تزدع عنها لأنها حورة } . وأما كونها جالسة فلائه أسد في حال

888 (١) ل ج : منه عليه الصلاة والسلام.

(٢) ساقط من ف.

الجلوس . وأما تعريف الضرب على أعضائها ما خلا الوجه والرأس فلما ذكرنا في الرجل .

869 قال : { والإقرار بالزنا يثبت وإن تقادم } ، من قبل أن الشهادة إنما أسقطناها بالتقادم لأجل التهمة ، والإنسان لا يُتهم على نفسه في إقراره ، فلا يسقط حكم إقراره .

قال : { فإن أقر عند القاضي أربع مرات في أربع مواطن قُبِلَ ذلك منه } . وهذا مبنى على أن الإقرار بالزنا إنما يثبت به الحكم عندنا إذا أقر بالزنا أربع مرات في مجالس متفرقة .

قال : { وكذلك الإقرار في مجلس واحد إلا أنه يطرده في كل مرة حتى يتواردى عنه ، ثم يعود في ذلك المجلس فيقر حتى يتم ذلك أربع مرات } ، من قبل أن الاعتبار في هذا مجالس المقر لا مجالس القاضي ، فينبغي أن يقر الزاني في أربع مجالس ، سواء كان القاضي في مجلس واحد أو مجالس متفرقة .

قال : { وكذلك إن أقر أربع مرات في أربع مواطن بينهما } [٢٥١] شهر أو سنة أو أكثر من ذلك أو أقل } ، لأننا قد بينا أن التقادم لا يسقط حكم الإقرار فلا فرق بين أن يكون بين الإقرار من مقدار التقادم أو لم يكن .

870 قال : { وإن كان الزاني عبداً أو أمة أو ذمياً لم يرجم } لما بينا أن الرجم لا يجب إلا على محسن ، وينفى الرق والكفر من صفات الإحصان .

قال : { ويُجَدُّ الرقيق خمسين سوطاً } لقوله تعالى ﴿ فَسْلِينَ ﴾ رخصت ما على المحسنات من العذاب (١) هذا في وقت ما كان [الحد] (٢) النفي

والأذى [والتعذيب]^(٣) ، ثم تُسَخَّرُ بقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾^(٤) . وهذا حد في الأحرار ، فوجب أن يكون في المالك على النصف من هذا لما قد بينته أن عذابهما على النصف من عذاب الأحرار ، يعني الحد .

قال : { وأما الذى فإنه يجلد مائة سوط مثل سائر الأحرار } لقوله تعالى ﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ﴾ .

871 قال : { وأما حد القذف فإنه يضرب على الحال التى كان قذف فيها ، إلا أن يكون عليه فرو أو حشو فيُنزَع ذلك عنه } ، من قبل أن حد القذف أخف الحدود ولم يثبت فيه التجريد ، فلا يجوز لنا أن نزيد في الحد ما لم يثبت ، لأن وجوبه على وجه العقوبة ، ولا سبيل لنا إلى إثبات العقوبات بالقياس . وأما الفرو والحشو فيُنزَع لأنه لا يصيبه الألم إذا كان عليه فرو أو حشو . والحد يضرب ليصل إليه الألم .

قال : { ويفرق الضرب على جملة الأعضاء ما خلا الرأس والوجه والمذاكير } على ما بينا في حد الزنا .

قال : { ويضرب ضرباً بين الضريين } لما بينا أنه أخف الحدود .

قال : { ولا يحد إلا أن يثبت فيمَدَّ } ، يعنى المضروب لا يثبت // [ف ٢٠٣ ب] للضرب^(٥) فيمسك له حتى يقام عليه الحد .

قال : { والمرأة تضرب وهي جالسة وينزع عنها الفرو والحشو } لما بينا

(٣) ف : اضرب ، الضرب ، ل : الضرب .

(٤) سورة النور ، ٢٤ : ٢٠ .

(٥) ساقط من ل .

871 (٦) ل : يثبت .

في الزنا . { وأشد الضرب التعزير ، ثم حد الزنا ، ثم حد الخمر ، ثم حد القذف } . وأما التعزير فإلما كان أشد الضرب^(٣) لأن المقصد إيقاع الزجر بالألم دون استيفاء عدد الأسواط . فإذا قدر أن يزجره بأسواط يسيرة فيوجبه بشدة الضرب ، فعل . وأيضاً فإنه لا يجوز أن يبلغ التعزير بالحد ، فإن لم يزد في شدة الضرب حتى يقع [ل ٢٥١ ب] به الزجر^(٤) بالشدة والألم جاز أن لا يزجر بذلك الضرب ، إذ لا يقدر على أن يبلغ به الحد ، فلم يقع الزجر به بما دون الحد ، فلا يكون ذلك تعزيراً . فينبغي أن يزد في شدة الضرب حتى يقع به الزجر^(٥) مما شئى عنه قبل أن يبلغ به الحد . ثم بعده حد الزنا لقوله تعالى ﴿ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ ﴾^(٦) ، يعنى الشفقة على المحدود في الجلد ، ثم حد الخمر بعده ، لأنه قد ثبت أن أخف الحدود حد القذف . وقد بينا أن ضرب التعزير والزنا أشد . لم يبق هناك إلا حد الشرب ، فينبغي أن يكون الشرب أشد من حد القذف . وأما قلنا أن حد القذف أخف الحدود لأن القاذف يجوز أن يكون صادقاً فيما قذف به في الزنا ، إلا أن الشهود قدموا عن الشهادة ، لأنهم مأمورون بالستر عليه فلم يشهدوا عليه بالزنا . وإن كان قد ثبت عدم ذلك فوجب الحد على القاذف مع كونه صادقاً في ما قذف به من الزنا . فينبغي أن يخفف عليه الحد ولا يبلغ به مبلغ سائر الحدود .

872 قال : { وإن كان الذى يقام عليه الحد مريضاً فإن كان الحد^(١) الذى يريد الحاكم أن يقيمه عليه هو حد يأتى على نفسه ، مثل حد الرجم ، والقتل في الردة ، فإنه يقيم ذلك عليه ولا ينتظر البرء . وإن كان ضرباً ، لم يقيم ذلك

• (٤) ساقط من ل .

• (٣) ساقط من ف .

• • •

• (٥) سورة النور ، ٢٤ : ٢ .

872 (١) ساقط من ف .

عليه حتى يبرأ } . وذلك أن الرجم والقتل يوجب تلف النفس ، فلا فرق بين أن يكون البدن مريضاً أو صحيحاً ، إذ قد وجب تلف البدن ^(٢) بذلك الحد ، كما قلنا في القصاص ، وأما إذا كان ضرباً فلا يقام عليه حتى يبرأ ، لما روى عن النبي عليه السلام « أنه أمر علياً بإقامة الحد على جارية زنت ، فذهب على عليه السلام ليقيم عليها الحد ، فوجدها قد وضعت حملها ، وكانت نفساء ، فلم يقم عليها الحد ورجع إلى النبي عليه السلام وقال : إن بها دماً ، يعني نفاساً ، فاستصوب النبي صلى الله عليه وسلم ذلك من علي رضي الله عنه ، ^(٣) . فهذا أصل في أن كل معنى يوجب زيادة الألم في الحد فإنه لا يقام على المشهود عليه الحد يزول ذلك المعنى . وأصل آخر وهو قول النبي عليه السلام في السارق لما أمر بالقطع « أقطعوه ثم احسموه لئلا يلحقه زيادة في الألم غير موجب بالسرقة » ^(٤) وجب أن يكون المريض مثله . وأيضاً من جهة المعنى ، إن الفعل // [ل ٢٥٢ أ] لم يوجب // [ف ٢٥٤ أ] هذه الزيادة من الألم ، وذلك أن وقوع الضرب بالمريض أبلغ في الألم من وقوعه بالصحيح . فلا يجوز لنا أن نوجب هذه الزيادة وهي غير موجبة بالفعل ، كما لا يجوز لنا أن نزيد سوطاً آخر في العدد في الحد .

873 قال : { وحد القذف لا يسقط بالتقادم } وذلك أن المطالبة فيه حق لبني آدم ، وحقوق بني آدم لا تسقط بالتقادم ، فلا يكون ترك المطالبة في الحال ما يوجب إسقاطه . فحق ما ثبت الحد وجب على الإمام إقامته . وأما حد الزنا وغيره فيسقط بالتقادم لما روينا من حديث عمر : إنما شهود شهدوا . بعد فلم يشهدوا به حين أصابه ، فإما شهدوا بضغن ، أي حقد . ولم يفرق بين :

(٢) ف : التلف .

(٣) أنظر مستند أحمد بن حنبل ، ج ١ ، ص ١٥٦ .

(٤) لم يرد هذا الحديث في وثائقك .

حد الزنا وغيره ، إلا أننا خصصنا منه حد القذف لما ذكرنا . وبالباقى على ما أوجبه اللفظ ، لإدبنا أن قوله حجة فى هذا الموضع لترك التكثير من الصحابة عليه . وأيضاً فإن حد السرقة حق لله تعالى ، وإن كانت المطالبة بالمال حقاً لبني آدم . ألا ترى أن المسروق منه إذا أخذ المال ، وقال : قد أبرأته من القطع لم يبرأ ، ويقطعه الإمام ؟ والأصل فيه حديث صفوان لما سرق منه السارق رداه فجاء به إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأثبت عليه السرقة ثم قال : يا رسول الله ، قد صفوته^(١) فقال « هلا كان ذلك قبل أن تأتيني به »^(٢) ، فقطعه ولم يسقط القطع بقوله : قد صفوته ، فثبت أن المطالبة فى القطع ليست حقاً لبني آدم . فإذا كان كذلك صار مثل الزنا فيسقط بالتقادم .

{ وأما حد الخمر فإن كان بإقراره لم يُحدّ حتى يكون ربح الخمر موجوداً منه فى حال اعتراقه فى قول أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يحد وإن لم يوجد منه ربح الخمر . } لأبي حنيفة أن الخمر له كَلَمٌ يستدل به على تصديقه ، وهو ربحها ، فيبني أن نعتب العلم ، فإن كان موجوداً صدقناه وحددناه ، وإن لم يكون موجوداً لم نحدّه ، لأنه يصير كمن أباح ظهره للجلد ، فلا يبنى للإمام أن يحدّه . وليس هذا كالزنا ونحو ذلك ، لأن الزنا ليس له علم يُعلم به صحة قوله . وإتما للرجع // [ل ٢٥٢ ب] فى ذلك إلى قوله ، فلذلك افترقا . وأما محمد فإنه شبه حد الخمر بحد الزنا ، لأنه وإن كان معه علم ، فإن ذلك العلم يجوز أن ينقطع وينعدم ، فيكون الرجل صادقاً فى ما قال ، فصار كالزنا إذا لم يكن هناك راحة . وليس فى هذا إثبات حد بقياس ، لأن الحد بالإقرار بالشرب وجب لا بالقياس على سائر الحدود ، وإتما القياس فى إسقاط اعتبار العلم ، لا غير . { وأما إذا كان الحد بشهود فإنه يبنى للشهود أن يأخذوا

873 (١) ل : طوت عنه .

(٢) قابل مسند أحمد بن حنبل ، ج ١٥ ، ص ٤٠١ .

الرجل والرجل موجودة . فإن أخطوه بعدما انقطعت الرائحة وشهدوا بذلك عند القاضي لم تقبل شهادتهم { لأنهم قد قعدوا عن الشهادة حين لم يأخذوه في تلك الحال . وإنما كان كذلك لأنه كما وجب على القاضي اعتبار العلم في إقامة الحد بالإقرار كذلك على الشهود اعتبار // [ف ٢٠٤ ب] العلم في إقامة الشهادة . والمعنى الجامع بينهما أن إقامة الشهادة أيضاً لا تصح إلا عند القاضي . فسكاً لا يصح للحاكم إقامة الحد مع عدم العلم في الإقرار كذلك الشهادة لا تصح إلا مع وجود العلم في حال التحمل .

قال : { وينبغي أن يكونوا مابينين لشارب الخمر ، ثم يأخذوه قبل إنقطاع الرائحة } . فأما إذا لم يعابوا الشرب فلا يجوز لهم أن يشهدوا عليه بالشرب لأجل الرائحة . قال الله تعالى { إلا من شهد بالحق وهم يعلمون } .

وأما قول الخصاص : { فإن جاء صبيحة الليلة التي شرب فيها أقيم عليه الحد } ، فإن الشيخ كان ينكره وقال : ليس هذا مذهب أبي حنيفة ، وعسى هو قول الخصاص .

وسألت^(٣) الشيخ عن الفرق بين حد السرقة والحد وبين الرجم ، إن الشهود لا يؤمرون بالقطع ولا الجلد^(٤) ، فقال : لأنه قد ثبت عندنا أنه لا يجوز أن يُضربَ بمن وجب عليه الحد لما لم يستحق عليه بالفعل الموجب الحد ، ولا يجوز ترك شيء مما لزمه بالفعل . وإذا كان كذلك فالقطع يحتاج فيه المعرفة ، لأن الإنسان إذا لم يعرف القطع ربما يلحقه ضرراً^(٥) أكثر مما يلحقه لو قطعه من عرف القطع ، فكون تلك الزيادة غير مستحقة بالسرقة ، ويجوز^(٥) أن يقطعه من موضع لا يجب قطعه فينقص من الواجب ، فيكون

(٣) التسليم هنا تليد الجساس .

(٤) ف : الحد .

(٥) جالط من له .

قد ترك ما وجب عليه استيفاؤه بالقطع ، ما لم يقطعه . وهذا غير جائز ، فلذلك لم يؤمر الشهود بالقطع // [ل ٢٥٢ أ] لاحتياج الاجتهاد والمرة بالقطع . وكذلك الجلد على هذا لأن الضرب يختلف . وأما الرجم فليس كذلك لأن الموجب للجلل هناك تلف النفس فلا يختلف في هذا رمى هذا ورى هذا بالحجارة ، فلذلك اقرقا .

874 قال : { وإذا شهد عليه رجلان بقذف لرجل والقاضي لا يعرف اليهود فإنه يحبس القاذف ويعجل المسئلة عنهما . وهذا قول أبي حنيفة ، لأنه لا يرى الكفالة في الحدود والقصاص ، وعندهما يكفل بنفس القاذف } . والكلام في هذا قد تقدم .

قال : { وإن شهد عليه شاهد واحد بالقذف ، وقال الخصم : أنا أحضر شاهدي الآخر ، فإن القاضي يستحلف الطالب أن الذي يطالبه حق عليه ، ثم يحبسه إذا حلف حتى يحضر شاهده الآخر } .

قال الشيخ : ولا أعرف هذا عن أصحابنا ويجوز أن يكون قوله . وجه ذلك أنه لا يجوز أن يحبس بشاهد واحد ، لأن الشاهد الواحد لا يثبت به حق فيضم إليه يمين الطالب . إلا أن هذا يلزمنا أن نقول به في سائر الحقوق لهذه العلة . وليس هذا مذهب أصحابنا .

875 قال : { والمرأة لا يقام عليها حد ولا رجم وهي حامل حتى تضع } . والأصل فيه حديث النامدية لما اعترفت بالزنا قال لها : إذهبي حتى تضعي ، فلما وضعت حملها جئت إلى النبي عليه السلام وأخبرته به ، قال : لا حتى تطعمي الصبي ، فقالت : تريد أن تردوني كما رددت ماهرة . فلما فطمت الصبي

حيث رجمها^(١) . فالدلالة من هذا الخبر على تأخير الرجم عن الحامل ظاهر .
وأما في حال القطام فإن معناه عندنا أن الولد لم يكن له أحد يقوم بحضنته
فأخر إقامة الرجم // [ف ٢٠٥ أ] عليها لأجل الولد . وإيضاً ما روى عن
عمر أنه أراد رجم امرأة حامل فقال له مُعاذ : إن كان لك عليها سبيل ، فلا سبيل
لك على ما يبطنها . ومن جهة النظر أن الزنا لم يستحق قتل ما في بطنها ، وفي
إتلافها بالرجم إتلاف ما في بطنها . فيلغى أن يؤخر الرجم حتى تضع .

وأما إذا كانت مريضة لحكمها على ما بينا في الرجل . إن كان خذاً
يأتى على نفسها يقام عليها ، لأن الموجب لإتلاف النفس . وإن كان جداً
لا يأتى على نفسها لم يُقم عليها حتى تبرأ ، لأن تلك الزيادة التي تصيبها في حال
المرض لم تستحق عليها بالزنا // [ل ٢٦٣ ب] وغير ذلك من الأفعال الموجبة
للحد .

قال : { وأما النساء فإنه يُتظَر بها الطهر ، والحائض لا يُتظَر بها الطهر }
من قبل أن النفاس بمنزلة المرض ، لأنه يوجب ضعفها [لتقدم الولادة]^(٢)
وهذا المعنى غير موجود في الحيض . وقد روينا عن علي عليه السلام أنه لم
يقم الحسد على تلك الجارية النفساء ورجع إلى النبي صلى الله عليه وسلم
^(٣) فأخبره بذلك فقال : إن بها دماً ، يعني النفاس ، فاستصوب النبي عليه
السلام^(٤) رأيه .

878 (١) أنظر مسند أحمد بن حنبل ، ج ٥ ، ص ٣٤٨ وماز المذكور هو ماء
ابن مالك الأسدي ، أسلم وصحب النبي (ص) ثم أصاب القاب — زى — واعرف ، فأجر
به رسول الله فرجم .

أنظر ابن سعد ، طبقات ، ج ٤ ، قسم ٢ ، ص ٥٢ . ومسند أحمد بن حنبل ،
ج ٢ ص ٤٥٠ .

(٢) في الأصل : لتضعه الولادة .

(٣) سألط من ل .

مسئلة

876

{ ولو أن رجلا قال لرجل : يا فاسق ، أو : يا فاجر ، ونحو ذلك ، فإنه يعزّر { من قبل أنه قد تناول من عرضه . فغلبنا أن زدعه بالتعزير كما زدعه بالحد إذا تناول من عرضه بالقذف . { وأما التعزير فعلى حسب رأى الإمام إلا أنه لا يبلغ به حد المملوك : أربعين سوطا عند أبى حنيفة ومحمد . وعند أبى يوسف : يجوز أن يضربه ما بينه وبين خمسة وسبعين سوطا { . لأبى حنيفة قوله عليه السلام : « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » (١) ، وقوله : حدا ، نكرة تتناول كل حد بانفراده ، فلا يجوز لنا أن نبليغ بها حدا من الحدود ، وتنقص من الأربعين سوطا واحدا . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى ما روى عن على رضي الله عنه أنه كان يضرب في التعزير ما بينه وبين خمسة وسبعين سوطا ، وهو نقصان خمسة أسواط من حد الزنا . كذلك أبو يوسف نقص خمسة أسواط من حد القذف للحر .

مسئلة

877

{ ويُضرب حد الحر وهو مجرد من سراويل أو إزار ولا يمد إلا أن يتمتع فيسعد ، ويفرق الضرب على أعضائه ، ويتقى الرأس والوجه والمذاكير { كما قلنا في حد الزنا لا يصل إليه الألم إذا لم نجرده . وليس هذا كحد القذف . ذاك أخف الحدود .

مسئلة

878

{ ووجد الحر ثمانون سوطا للحر ، وأربعون للمملوك { . والأصل فيه ما روى

عن النبي عليه السلام أنه رُفِعَ إليه رجل قد شرب الخمر فضربه أدبعون رجلا ، كل رجل منهم مرتين بالجريدة والثعال^(١) . وأما ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم^(٢) [أنه] جلده أربعين ، وأبو بكر جلده أربعين ، وصدرًا من خلافة عمر ، ثم جعل عمر عليه ثمانين سوطا ، وكل ذلك سنة ، فهو حجة لنا ، وليس فيه دلالة على خلاف ما قلنا // [ل ٢٥٤] لأن معناه ما يُشْن في الخبر الآخر أنه ضرب كل رجل مرتين بالجريد والثعال ، وكانوا أربعين رجلا ، فصار جلته ثمانين . وعلى أنه لو كان الأمر على ما قالوا لاجتماع // [ف ٢٥٥ ب] الصحابة على فعل عمر ، وجعله ثمانين سوطا حجة على من بعدم ، فلا يجوز لنا أن ننقص من ثمانين شيئا .

مسئلة^(١)

879

{ والحال إذا أقرت بالزنا لم يقم عليها الحد حتى تضع ، فإن عادت بعدما تضع عليها^(٢) أقام عليها^(٣) الحد إذا كان للولد من يرضعه . والأصل فيه ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث التهامدية^(٤) أنه قال لها « أذهبى حتى تضعى » ، فلما وضعت جاءت إليه بولد ، فقال لها « مررى حتى تفعلى الصبي » ، فلما جاءت إليه فأقام عليها الرجم . وهذا عندنا على المعنى الذى ذكرنا أنه لا يكون للولد من يقطعه ويرضعه ، فلا يجوز لنا إقامة الحد على المرأة لظاهر الخبر . وأما إذا كان للولد من ترضعه فلا يترك إقامة الحد عليها بعد وضع الحمل إذا كان رجلا . وإذا كان جلدا بعدما تعالت من نفاسها ، من قبل أنه لا يلحق الصبي الضرر في هذا الموضع إذا كان هناك من يقوم به . فصارت هذه وغيرها من النساء سواء في هذا الحال . وأما في الباب الأول .

(٢) ف : على عليه السلام .

878 (١) لم يرد في نسخة .

(٢) ساقط من ل .

879 (١) ل : قال .

(٣) أنظر فقرة 875 ، ملاحظة ١ :

فإن الولد يتناف ويلحقه الضرر^(٤) برجم الأم . وهذا الضرر^(٥) لم يستحق عليه
بزنا الأم . وقد بينا أنه لا يجوز أن يوجب ضرراً على أحد غير ما استحق
عليه بالفعل الموجب للحد .

قال : { ولا تحبس الحامل لوضع الحمل إذا كان الحد بالإقرار } من قبل
أنها لو وجدت بعد الإقرار بالزنا قبل سجودها على إسقاط الحد عنها جملة^(٦) ،
فتخليتها التي لا توجب سقوط الحد عنها وإنما توجب تأخيرها عنها إلى أن تضع
الحمل أولى بالحكم بها . { وأما إذا كان الحد بالينة لم يغفل عنها وتحبس حتى
تضع الحمل } من قبل [أن] امتناعها من إقامة الحد لا يقبل في هذه الحالة ،
[ولو أنها^(٧)] قد أقرت بذلك أو وجدت . وكذلك [تخليتها^(٨)] لا يجوز
إذ هي موجبة لتأخير الحد عنها إلى وضع الحمل . وجملة الأمر أن تخليتها للمرأة
ها هنا كتحليتها في حال الرجم ، وهي لو أقرت بالزنا وهي محصنة غير حامل
فرجمت ثم هربت^(٩) كان الواجب // [ل ٢٥٤ ب] على الناس أن يغلوها
لما روى عن النبي عليه السلام أنه لما أمر برجم ماعز ، فرجموه فهرب من
ذلك ، فلحقه كثير بالحجارة فقتلوه في ذلك الموضع ورجعوا إلى النبي عليه
السلام وأخبروه بذلك فقال لهم « هلا تركتم سبيله » ، وفي رواية أخرى
« هلا تركتموه »^(١٠) . فهذا أصل في تخليتها للمقر بالزنا ، [يغفل^(١١)] إذا أراد
أن يهرب . وهذه [أي المثبت عليها بالينة] حتى تُرجم وتُقتل . كذلك
عليها المرأة^(١٢) في مستلتنا ، لا يجوز إذا كان الحد بالينة .

(٤) ساقط من ل . (٥) في الأصل : لأنها .

(٦) في الأصل : عليها . (٧) ل : ذهبت .

(٨) أنظر مسند أحمد بن حنبل ، ج ٢ ، ص ٤٥٠ .

(٩) كذا في ج . وفي ف ، ل : لا يهمل .

(١٠) (١١) . ساقط من ل .

باب الرجوع عن الشهادات

ذكر {حديث يزيد بن راذان مولى بحيلة^(١) [٩] أنه شهد الشعبي^(٢) في شاهدين شهدا على رجل أنه طلق امرأته ففرق الوالي بينهما ، أو أحدهما رجوع عن شهادته ، فقال الشعبي : قد مضى الحكم ولا يلتفت إلى رجوع الراجع } .

قال الشيخ . وهذا مذهبننا ، وذلك أن رجوع الشاهدين لا يخلو من أن يكون شهادة أو غير شهادة . فإن كانت شهادة فهي ساقطة // [ف ٢٠٦ أ] في حق المشهود له إذ قد كذبا أنفسهما في هذه الشهادة ، فشهادتهما بعدا أن الأمر بخلافه . وإن كان غير شهادة فهو أولى بأن لا تقبل ولا تفسخ به حكم الحاكم ، فيبطل الرجوع في حق المشهود له ويلزم الشاهدين ما استحق على المشهود عليه بشهادتهما ، إذ قد اعترفا أنهما أتلفا عليه ذلك المال . وذكر {حديث 'مطهر'^(٣) عن الشعبي أن رجلين أتيا عليا عليه السلام برجل وشهدا عليه أنه سرق . فقطع يده على^٢ رضى الله عنه . ثم جاءا بعد ذلك برجل آخر فقالا : غلطنا في الأول ، إنما كان الذى سرق ، فأبطل على^٢ عليه السلام شهادتهما على الآخر ، وغرمهما دية الأول ، وقال : لو علمت أنكما تعتمدما لقطعتم أيديكما } .

880 كذا في الأصل . ولم أذكر على اسم يزيد هذا .

(٢) هو عامر بن شراحيل ، كوفي محدث ، تولى سنة ١٠٥ هـ [٩] انظر ترجمته في وفيات الأعيان ، تحقيق إحسان عباس ، بيروت ١٩٦٨ - ١٩٧٠ ، ج ٣ ، ص ١٢ - ١٦ .

(٣) هو مطهر بن عبد الله بن النخعي ، المتوفى سنة ٨٢ هـ . انظر وفيات الأعيان ، ج ٥ ، ص ٢١١ .

قال الشيخ : وجوب دية الأول محمول على أنه مات من القطع ، فأما إذا لم يمت فلا يلزمهما لإلادية اليد . وأما قوله : لو علمتُ أنكما تعدمتما لقطعت أيديكما ، فهذا على معنى الرجوع عن الشهادة بما لا يتيقن // [ل ٢٥٥ أ] به الفاسد ، لا على الوجوب ، لأن رجلين لو قطعاً يد رجل لم تقطع أيديهما ، فكيف إذا شهدا بما يوجب عليه القطع ؟

وذكر { حديث الأشعث عن الحسن في أربعة شهدوا على رجل بالزنا فرجم ، ثم رجع أحدهم ، فلا يقتل الراجع ويضرب الثلاثة الحد ويغرمون ثلاثة أرباع الدية } . وقد روى عن إبراهيم في قتل الراجع إذا تعدد في الشهادة بالزنا مثل قول الحسن . وأما في وجوب الدية فثبت قولنا : يجب عليه ربيع الدية ولا يجب على الباقي من الدية شيء إذا لم يرجعوا عن الشهادة .

قال الشيخ : وذهب من قال بقتل الراجع أن الشهود هم الذين أكرهوا القاضى على إقامة الرجم ، لأنه ليس له أن يتمتع من إقامة الحد بعدما شهد الشهود بالزنا ، فصاروا كالمكرهين للقاضى على الرجم . وقيل المكروه يقتل إلى المكروه . ألا ترى أن رجلاً لو أكره رجلاً على قتل رجل فقتله ، إن المكروه على القتل يقتل ؟ كذلك ها هنا ، وهذا عندنا ليس كذلك لأن القاضى غير مكروه على الحكم لأن الإكراه الذى يوجب [نقل حكم]^(٤) المكروه إلى المكروه هو أن يتوعد بالسيف^(٥) وقتله أو بقطع عضو من أعضائه ، أو بضرب يوجب التلف أو نحو ذلك . فأما الوعيد فى الآخرة فلا يكون إكراهاً ، لأنه لو كان كذلك لوجب أن يكون جميع المسلمين وأهل الطاعات مكرهين على فعل الواجبات ، لأن تركهم الواجب يوجب عليهم العذاب . ولو كان كذلك لما استحقوا الحد والثواب على فعل الواجب إذا كانوا مكرهين على ذلك . وهذا لا يقوله مسلم . فيثبت أن الوعيد بالآخرة لا يوجب

إكراه القاضى على فعله ، فلا يتقل حكم فعله إلى غيره كذلك فى مسئلتنا لا يصير الشهود مكرهين للقاضى // [ف ٢٠٦ ب] على إقامة الرجم وإن كانوا سبباً فى [يجاب^(٦) الحد ، فلا يجوز أن يلزمهم القتل إذا رجعوا عن الشهادة . وأيضاً فإن الشهود لو باشروا قتله بالحجر من غير أن يكون هناك شهادة بالزنا ولا غيره لم يلزمهم القود صندنا . فكيف يجوز أن يلزمهم القتل بالرجوع فى مسئلتنا وهم لم يباشروا // [ل ٢٥٥ ب] القود ولا كانوا مكرهين لأحد على قتله بوجه من الوجوه . وذكر بعد هذا مسائل الشهادات والرجوع عنها ، وهى مسائل الأصل فلم نر الاشتغال بها وجباً فى هذا الموضع .

881 باب الشهادة على الحقوق

قال أبو بكر الخصاص : { ولو أن رجلاً أقام شاهدين أن له ولفلان الغائب على هذا الرجل ألف درهم ، وأتى بهك باسمه واسم الغائب على المدعى عليه بذلك المال ، وتعدل الشهود ، فإن أباه خيفة قال : أقضى^(٧) لهذا الحاضر بنصف المال ، فإذا قدم الغائب كلّفته إعادة الشهود على الصك . فإن أحضرهم فشهدوا له حكمت عليه ، وإن لم يحضروا لم أحكم عليه بشئ . وقال أبو يوسف : يحكم القاضى بالمال كله ، ويأمر المدعى عليه أن يدفع إلى الحاضر نصفه ، فإذا قدم الغائب لم أكلفه إعادة البيّنة ، وأمره بأخذ المطلوب بالنصف . وإن أراد أن يتجمل من شريكه نصف ما أخذ فله ذلك ، ويتبعان المطلوب بالنصف الذى عليه . وهو قول محمد { .

لأبى خيفة أن الحاضر ليس بنصفهم من الغائب لأنه ليس بوكيل ولا هو ممن لا يتوصل إلى إثبات حقه إلا بإثبات حق الغائب حتى يكون خصماً عنه

(٦) ل : إقامة .

881 (١) ل : أقضو .

١٠ وهذا إذا كان ما يدعى على الحاضر نفس ما ثبت على الغائب أو من حقوقه^(٢) . فأما إذا كان على غير هذا الوجه فإن أبا حنيفة لا يحكم على الغائب إلا أن يكون وكيلاً عنه أو ما يقوم مقامه . والكلام في هذا الأصل قد مر في الجامع الكبير ، لأنه يمكن أن يتوصل إلى حقه ، وهو نصف الدين ، فيقضى له بنصف الدين حسب ، ونصيب الغائب موقوف غير محكوم بثبوته ، إذ هذا ليس بنقص عنه . والحكم بالمال للغائب من غير خصم حاضر لا يجوز عند الجميع . فذلك لم يحكم بنصيب الغائب . وليس هذا كأحد الورثة ، يكون خصماً في إثبات الميراث من سائر الورثة // [ل ٢٥٦ أ] ، لأن الوارث خصم عن الميت ، والمال ما هنا يثبت للميت أولاً ، فيكون خصماً عن الميت لا عن الورثة ، وأحد الورثة قد ثبت عند الجميع أنه خصم عن الميت . وكذلك لو ادعى أحد الورثين ديناً للميت على رجل والآخر غائب ، قضى بجميع المال من قبل أن هذا الحاضر يثبت المال أولاً للميت ، ثم يملك هو وصاحبه عن الميت من جهة الإرث . وقد بينا أن من مذهبهم جميعاً أن أحد الورثين خصم عن الميت .

فإن قيل . لما كان حق هذا الحاضر لا يتميز من حق صاحبه الغائب ، إذ كل جزء من المال بينهما فيلغى أن لا يحكم لهذا بجزء^(٣) من المال إلا كان محكوماً به للغائب ، فصار هذا الحاضر غير // [ف ٢٠٧ أ] متوصل إلى إثبات حقه إلا بإثبات حق الغائب . فيلغى أن يكون خصماً عن الغائب كأحد الورثين يكون خصماً عن صاحبه لهذه العلة ، قيل له : هذا ساقط الاعتبار^(٤) لأنه يجوز لنا أن نحكم بنصيب الحاضر ونميز حقه في الإثبات من حق الغائب ، كما أن الدين لو كان ظاهراً لها على رجل لجاء أحدهما ليقبض نصيبه^(٥) أمر

(٢) التي هنا غير واضح ، ولعل بعض الكلمات سقطت .

(٤) ساقط من ف .

(٣) ل : الجزء .

المطلوب بقضاء نصيبه ، ويكون المقبوض هو نصيبه دون نصيب صاحبه بدلالة أن صاحبه إذا جاء يطالب المطلوب بجميع نصيبه [ولم يكن ^(٥)] للحاضر في الابتداء أن يأخذ نصف المال ولا شيئاً منه إذا كان كل جزء بعضه من نصيبه وبعضه من نصيب صاحبه ، فكان يمنع من قبض شيء منه ، إذا لا سبيل إلى قبض نصيب صاحبه . فلما اتفق الجميع على أن الحاضر أن يقبض نصيبه من المال ، إذ كان أصل المال نصفين ، علمنا أن المقبوض هو نصيبه وإن كان لصاحبه فيه حق الشركة . فكذلك في مسئلتنا : المقضى به هو نصيب الحاضر دون الغائب . فلذلك جوزنا إثبات نصيبه دون نصيب صاحبه الغائب .

قلت للشيخ : ولا يكون في هذا قسمة الدين ؟ فأنكر هذا ، وهو سؤال صحيح . وقد مر الجواب في الجامع الكبير ^(٦) // [ل ٢٥٦ ب] . فقال : إنما تكون قسمة الدين لو لم يثبت لصاحبه فيه شيء ، فنكون قد صيغنا نصيبه في المقبوض ونصيب صاحبه في غير المقبوض . فأما إذا أثبتنا له شركة في المقبوض فلم تقع قسمة الدين ، إذ حق الشركة لها قائم في المقبوض وغير المقبوض .

قال الشيخ : ولا خلاف بين أبي حنيفة ومحمد أن الحاضر لو ادعى أن فلاناً أوصى إليه وإلى فلان الغائب ، أن الحاضر يكون خصماً في إثبات الوصية لنفسه وللغائب جميعاً . وقال أبو يوسف : لا يكون خصماً من الغائب في إثبات وصيته . وقد مرّت هذه المسئلة فيما تقدم من هذا الكتاب . وليست هذه من مسئلتنا في شيء ، من قبل أن من أصل أبي حنيفة ومحمد أن أحد الوصيين ليس له أن يتصرف دون صاحبه . فأثبت الوصية لنفسه

(٥) في الأصل : ولا كان .

(٦) مزيد هنا في ج ، ل : حرسه الله .

إثبات لوصية صاحبه ، إذ لا يثبت له حق التصرف إلا بثبوت حق التصرف لصاحبه . فصار خصما عن صاحبه من هذه الجهة . وعند أبي يوسف لما جاز لأحد الوصيين أن يتصرف دون صاحبه لم يحتاج هذا في إثبات حق التصرف لنفسه إلى إثبات حق التصرف لصاحبه . فثبت له حق التصرف في جميع المال من جهة الوصية ، ولا تثبت وصية صاحبه إلى أن يحيى فيثبتها ببيئته . فإن قيل : فلمَ جاز عندهم جميعاً أن يقبض الحاضر نصف الدين ومعلوم أن كل جزء من الدين فهو بينه وبين صاحبه ، وليس له أن يقبض مال صاحبه ، فيلغى أن لا يقبض شيئاً منه حتى يحيى صاحبه ؟ قيل له : من قبل أن لكل واحد منهما عليه نصف المال ، فالمطلوب إذا قضى أحدهما لم يقض نصيب الآخر [ف ٢٠٧ ب] وإنما قضى نصيب هذا الحاضر ، إذ المقبوض هو ملك له من جهة المطلوب وليس هو نفس ما كان لها في ذمته . فإذا كان كذلك كان لأحدهما أن يملك شيئاً في ذمة المطلوب بهذا المقبوض ، كما جاز له أن يبيعه منه ويأخذ منه بدلاً ، وكما جاز أن يبيع نصيبه من العبد الذي بينه وبين صاحبه . كذلك نصيبه [ل ٢٥٧ أ] من الدين يجوز أن يملكه إياه بما يقبضه منه ، فيكون المقبوض له وإن لم ينقطع حق الاشتراك فيه لصاحبه . وليس هذا كالوديعة عند أبي حنيفة ، ليس لأحدهما أن يقبض نصيبه من الألف الوديعة حتى يحيى صاحبه ، من قبل أن الوديعة عين ، والمقبوض هو نفس العين الذي كان بينهما ، لا أنه مأخوذ على وجه البذل . فإذا كان المقبوض هو عين المال الذي بينه وبين صاحبه ، لم يجوز له أن يقبض عين مال صاحبه ، إذ ليس هو بوكيل في القبض ولا خصماً عنه . وأما في مسئلتنا فالأخوذ من الدين ليس هو المال الذي كان بينهما ، وإنما هو مال المطلوب يملكه القاض بما له عليه من الدين ، فلذلك افترقا .

فصل

882

{ ولو كان مكان الدين دار أو عبد أو غير ذلك من العروض ، فإن قول أبي حنيفة في هذا مثل الأول { للمة التي ذكرناها . } وكذلك قول أبي يوسف في القضاء . وأما في القبض فإن الدار تخرج كلها من يد المدعي عليه ، ويسلم نصفها إلى الحاضر ونصفها يوضع على يدي عدل حتى يجه الغائب } . وليس يفعل هذا في الدين ، إنما يقضى نصيب الحاضر ، ويكون نصيب الغائب في ذمته . وذلك أنه قد ثبت في الدار والعروض أن النصف ملك للغائب ، وأن الذي في يديه غاصب^(١) ، فلا يجوز أن يترك عين مال الغائب في يديه . وأما الدين فليس هناك مال معين ، وإنما هو حق يصل به إلى عين المال في الثاني . هذا الذي قاله الشيخ . وليس هذا بواضح . ويمكن أن يقال إن في قبض نصيب الغائب من الدين تمليك وتصرف ، لأن القبض يوجب التمليك عندنا ، وليس لأحد أن يملك على الغائب . وأما الدار والعروض فليس فيها هذا المعنى ، لأن قبض العين لا يوجب التمليك ، كما أن المودع في قبض الوديعة لا يملك شيئاً على المودع كذلك هذا .

قال : { ولا أقسمها } ، يعني الدار ، { حتى يحضر الغائب } من قبل أن في القسمة تصرفاً على الغائب // [ل ٢٥٧ ب] وتمليك مال الغائب من غيره ، إذ القسمة فيها معنى التمليك فيما ليس له مثل عند جميعاً .

فصل

883

{ ولو كان الحاضر ادعى تمليك هذه العروض من جهة الهبة أو الصدقة ، والقبض جميعاً فهو مثل هذا على الاختلاف الذي بيننا إذا كان الشيء مما ..

لا يُقسم ، لأن هبة بعضه تجوز . وأما إذا كان مما يقسم فإنه لا يجوز أن يحكم بشئ . للحاضر عند أبي حنيفة { ، لأن من أصله أن هبة الواحد للدار من رجلين لا تجوز . فكذلك هاهنا لا [ف٢٠٨] يجوز إثبات الهبة للحاضر وللغائب إذا جاء ، لأنه لو كان فيها يجوز هبة الدار من رجلين في صفقة واحدة إذا تقابضا لم يجوز أن يحكم هاهنا بنصف الدار للحاضر على وجه الهبة ، إذ من أصله أن لا يحكم بنصيب الغائب وإنما يحكم بنصيب الحاضر حسب^(١) ، ونصيب الحاضر هو نصف الدار ، وهبة نصف الدار جائز بالاتفاق ، فلا يجوز . { وأما على قولها فيجوز { على الأصلين جميعاً : أحدهما أن هبة الدار لرجلين جائز إذا قبضاها ، ولأن من أصلهما أن لا يحكم للحاضر بنصيبه إلا مع نصيب الغائب ، فقد حكم هبة الدار كلها لها وبقبضها ، فيجوز . { فإن قدم الغائب فأنسكرك الهبة على قول أبي حنيفة مثل [الأولى] {^(٢) لأننا لم نقض للغائب بشئ . على قوله ، لجحوده لا يُبطل حق الحاضر الذي أثبتناه في الفصل الأول . { وأما على قولها جازت الهبة في نصيب الحاضر في الوجوه كلها ، وإن كان الموهوب إذا قدم لا يوجب بطلان ملك الحاضر { لأن قوله غير مقبول على هذا في إبطال حقه ، فيُرد نصيبه من الدار إلى من كانت الدار في يده ، ويجعل نصف الدار للحاضر .

مسئلة^(١)

884

قال : { ولو أقام الحاضر البيئة أنه وحده اشترى من هذا الرجل ومن فلان الغائب هذه الدار أو الأرض أو غير ذلك ، فإن القاضي لا يقضى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف إلا على الحاضر في حصته ، ولا يقضى بنصيب الغائب

883 (١) : ساقط من ل .

(٢) في الأصل : الأولى .

884 (١) ل : فصل .

إذا كان // [ل ٢٥٨ أ] "الحاضر مقرأً بنصيب الغائب، كانت الدار ميراثاً أو شراء في أيديهما فهو سواء". أما على قول أبي حنيفة فهو بين لأنه عنده لا يقضى بنصيب الغائب لو كان^٢ المدعى ديناً على هذا الحاضر حتى يقدم الغائب. كذلك إذا كان المدعى داراً لم يجر أن يقضى على الغائب لهذا الحاضر. وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما فرقاً بين هذه المسئلة وبين تلك فقالا: ما هنا كما قال أبو حنيفة، لأن الدار كلها في يدى الحاضر، وهو مقر بأن نصفها له ونصفها وديعة للغائب في يده. وادعى هذا المدعى أنه اشترى نصيبه ونصيب الغائب، والحاضر لا يكون خصماً عن الغائب كالمودع لا يكون خصماً عن المودع إذا لم يكن وكله بالخصومة. كرجل في يده عند الإنسان فقال رجل: إني اشتريته من فلان الغائب، لم يكن بينه وبين المودع خصومة. كذلك هذا. وأما النصف الذى له فهو الخصم فيه لأنه ملكه في الظاهر. وأما في تلك المسئلة فالدين كله في ذمة الحاضر ادعى المدعى نصفه لنفسه ونصفه للغائب ولم يتوصل إلى إثبات نصيبه على قولها إلا بإثبات نصيب الغائب. فلذلك صار خصماً عن الغائب. وأما الدار فإن كان كل جزء من الدار بينهما إن كان مشاعاً في يده فإن القاضى إنما يقضى للمدعى بنصيب الحاضر مشاعاً غير مقسوم، فلا يكون // حكماً بنصيب الغائب للمدعى، إذ نصيب الغائب باق مشاعاً كما كان.

قال: { فإن كان الذى في يده الدار جحد نصيب الغائب فأقام المدعى البينة إنه اشتراها من الحاضر والغائب جميعاً بكذا درهم ونقدتهما الثن، فإن القاضى يقضى له بالدار كلها في قولهم جميعاً. أما النصف الذى ادعى المدعى أنه كان للحاضر فاشتراه منه، فلا إشكال فيه، كرجل ادعى على رجل أنه اشترى منه هذه الدار وهو يملكها وأقام على ذلك بينة، قُبِلت بينته ويُقضى له بها. وأما النصف الذى ادعى المدعى أنه كان للغائب، اشتراه منه ونقده

الثن ، وادعى الحاضر أنه له ، فإنما يقضى له به لأن الظاهر أنه ملك الحاضر إذ الحاضر لم يقرّ لأحد فهو الخصم في ذلك ، وإن كان المدعى ادعى تملكها من جهة غيره . ألا ترى أن رجلاً لو كان في يده عبد ، فقال (٣) رجل : هذا العبد ، اشترته من فلان // [ل ٢٥٨ ب] الغائب ، وادعى الذي في يديه أن العبد عبده ، إن الحاضر خصم في قبول البيعة عليه ، وإن هذا المدعى خصم من الغائب لأنه يدعى استحقاق ملك الحاضر ، وهو لا يتوصل إلى استحقاق هذا المال إلا بإثبات العقد من جهة الغائب (٤) ، فيكون خصماً في إثبات الملك لأنفسهما ، إلا بإثبات ملك الميت ، كانا خصمين في إثبات ملك الميت (٥) .

مسئلة

885

الدار الكاملة حكمها نصف الدار على ما بينا في الفصلين جميعاً .

886 قال : { ولو أقام المدعى بيعة على صدقة من هذا الحاضر والغائب ، أو على هبة منهما والقبض منهما ، والدار في يدي الحاضر ، وأهل الغائب "مقرون بحق الغائب" فيها ، فإن في هذا قياس قول أبي حنيفة : لا يجوز في الرهن ، وأما الهبة والصدقة فهي في الدار والأرض [لا] (١) تجوز ، ويجوز في العبد والأمة نصيب الحاضر ، ويوقف نصيب الغائب في يدي أهله . فإذا قدم كلف إعادة البيعة . وأما في قول أبي يوسف فلا يكلف إعادة البيعة عليه ويقضى بنصف الدار غير مقسومة في الهبة والصدقة . وأما الرهن فلا يقضى أبو يوسف على الحاضر بشيء حتى يقدم الغائب . فإذا قدم كلفه أن يعيد البيعة عليهما ، ثم يحكم له { . وهذا كله كلام الخصاف .

(٣) ل : أو مال .

(٤) يظهر أن بعض الكلمات قد سقطت من الأصل إذ أن المعنى مضطرب وفاسد .

(٥) في الأصل : فلا .

سقط من ل .

قال الشيخ : أما قول أبي حنيفة فهو كما قال ، وأما ما حكاه عن أبي يوسف
فمضطرب . وجه قول أبي حنيفة من قبل أن من أصله أنه لا يحكم للدهى
إلا بنصيب الحاضر ، إذ الحاضر ليس هو خصم عن الغائب ، ولا الشيء الذى
يدعى على الحاضر نفس ما يثبت على الغائب أو من حقوقه . فإذا كان هكذا
فالنصف الذى يدعى على الحاضر ^(٣) تملكه إياه غير النصف الذى يدعى ^(٤)
تملكه من جهة الغائب ، ولا هو من حقوقه وإن كان المدهى لا يتوصل إلى
إثبات نصف الدار هنا إلا بإثبات النصف الآخر فلا يكون خصماً إذا كانت
مستلتنا مبلية على // [ف ٢٠٩ أ] الأصل الذى قلنا من مذهبه ، وهو أنه متى
لم يكن الحاضر خصماً عن الغائب بالوكالة ونحوها ، ولا الشيء الذى ادعى على
الحاضر نفس ما يثبت على الغائب // [ل ٢٥٩ أ] ولا من حقوقه فإن الحاضر
لا يكون خصماً عن الغائب . وقد بينا فى مستلتنا أن الحاضر ليس بوكيل
ولا الشيء الذى يدعى عليه نفس ما يثبت على الغائب ولا من حقوقه .
فلا يكون خصماً عنه . وإذا كان كذلك لم يمكننا إثبات نصف الدار أو العبد
رهنًا إذ رهن المشاع عندهم جميعاً غير جائز فيما ينقسم وفيما لا ينقسم . وأما
هبة المشاع فيما لا يقسم تجوز ، وفيما يقسم ^(٥) لا يجوز . فأجزا هبة نصف
العبد والأمة على الحاضر للمدهى وأبطلنا هبة نصف الدار والأرض لأنهما مما
يقسم . فلا تجوز هبة المشاع فى ما ينقسم .

وأما ما حكاه عن أبي يوسف فهو لا يخلو من أن يجعل الحاضر خصماً
عن الغائب كما قالوا فى الدين إذا ادعى لنفسه وللغائب ، إذ لا يمكن إثبات
هبة نصف الدار بنصفه على الحاضر إلا بإثبات هبة النصف الآخر على
[الغائب] ^(٥) . فإن قال كذا فيلزمه أن يقول : الرهن مثله ، إذ الرهن لا يجوز

(٤) ل : لا يقسم .

(٣) ساقط من ل .

(٥) فى الأصل : الحاضر .

مشاعا . كما لا تجوز الهبة في الكل وكذلك الرهن . فقوله : إن أبا يوسف لا يكلف إعادة البيئة ويقضى بنصف الدار غير مقسومة في الصدقة والهبة فاسد لا معنى له لما بينا ، ولأنه أيضاً قال : لا يكلف إعادة البيئة . وهذا لا يكون إلا بالحكم على الغائب . ثم يقول : ويقضى بنصف الدار غير مقسومة ، فكأنه قال : يقضى بالدار كلها ، ثم قال : يقضى بالنصف .

مسئلة

887

قال : { ولو أن رجلين ادعيا على رجلين مالا في صلح ، وأحدهما حاضر لجحد ، والآخر غائب ، [فأقاما]^(١) على ذلك بيئة فإن أبا حنيفة قال : أقتضى بالمال على الشاهد والغائب .

قال الشيخ : وهذا أيضاً غير مستقيم على أصله ، لأن الحاضر ليس بمخضم عن الغائب ، ولا النصف الذي يدعى على الحاضر من الدين نفس ما يثبت على الغائب ، ولا من حقوقه . فلا يلغى أن يكون الحاضر خصما عن الغائب ، ويلغى أن يثبت نصيب الحاضر حسب ، كما قال في شراء الدار منه ومن الغائب .

888 قال : { [ل ٢٥٩] } وكذلك لو كان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه بأمره فهو كما قال ، ويكون الحاضر خصما عن الغائب . وإن كان كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه بغير أمره فلا يكون الحاضر خصما عن الغائب { . وهذا مسطور في الجامع الكبير على التفصيل . وذلك أن الكفالة إذا كانت بأمر المكفول عنه فإن المال الذي يدعى على الكفيل هو نفس ما يثبت على المكفول عنه في التقدير { [ف ٢٠٩ ب] } لأنه يوجب للكفيل حق الرجوع

بعينه إلى المكفول عنه^(١) فصار المكفول عنه^(٢) كأنه أمر الكفيل أن يقرض الطالب مثل ما عليه على أن يرجع به على المكفول عنه . فيكون الحاضر خصما في إثبات الدين أولا على الغائب ثم يثبت عليه بالسكفالة بأمر الغائب . كالمدعى إذا ادعى على الحاضر بشراء العبد [في]^(٣) يده من الغائب ، وأنكر الحاضر ذلك ، إن الحاضر خصم في ذلك ، وتقبل بينة المدعى على المدعى على الحاضر بأنه اشترى من الغائب العبد الذي في يده هذا الحاضر ، لأن نفس ما يُمدى على الحاضر^(٤) هو ما يثبت استحقاقه على الغائب . وكذلك في مسئلتنا تُقبل بينة المدعى على الحاضر^(٥) بالمال كله ويكون نصفه مما كان عليه في الأصل ، ونصفه مما يثبت عليه من جهة السكفالة بإذن صاحبه . وأيضا فإن هذه السكفالة لا تثبت على الحاضر إلا وهي موجهة له الرجوع على الغائب^(٦) فيكون الحق الذي يثبت على الحاضر موجبا للحق على الغائب فيكون الحاضر خصما عن الغائب^(٧) . وأما إذا كانت السكفالة بغير أمر^(٨) المكفول عنه فإن المال الذي يثبت على الكفيل ليس هو ثابت على المكفول عنه ، لأنه بإقراره يثبت لا بثبوت المال على صاحب الأصل . ألا ترى أن الكفيل ما هنا إذا ملك ما في ذمته لا يرجع على صاحب الأصل ؟ فالوجوب له الرجوع ، وهذه توجب له الرجوع ، كفيلا عنه ووجب له الرجوع عليه بما أدى ، فتكون هذه السكفالة غير الأولى التي لزمته بإقراره ، إذ تلك لم توجب له الرجوع ، وهذه توجب له الرجوع ، إذا أثبتنا على الغائب . فلا يحد لنا أن نحصله خصما عن الغائب ، ويكون الذي يثبت على الحاضر هو ثابت بإقراره ، غير موجب له الرجوع على صاحب الأصل .

(١) في الأصل : من .

(٢) ساقط من ل .

888 (١) ساقط من ل .

(٣) ساقط من ل .

(٥) ل : لا يحد .

قال : { ولو كان الأصل على الحاضر ، والغائب كفيلاً ، كان الحكم على الحاضر خاصة } . وكذلك قال أبو يوسف في الأمالي . وذلك // [ل ٢٦٠ أ] لأن المال على الحاضر يجوز أن يثبت من غير ثبوته على الغائب ، إذ الغائب هو الكفيل ، والمال يجوز أن [يمدى ^(٦)] عن الكفالة . فإذا كان كذلك لم يكن إثبات المال الأصل على الحاضر لإثباتاً على الكفيل الغائب ، إذ يجوز أن ينفرد الأصل عن ضمان الكفالة . ولا يشبه هذا الفصل الأول إذا كان الحاضر هو الكفيل بأمر الغائب من قبل أن المال لا يثبت على الكفيل إلا بثبوته على المكفول عنه . فإذا كان كذلك وهو لا يقدر أن يتوصل إلى إثبات المال على الحاضر إلا بإثباته على الغائب ، وثبوته على هذا الوجه على الحاضر مما يوجب الرجوع على الغائب بما أدى ^(٧) ، صار نفس ما يدعى على الحاضر كأنه من الحقوق التي تثبت على الغائب . فلذلك أثبتنا المال على الكفيل وعلى صاحب الأصل // [ف ٢١٠ أ] في الفصل الأول ، وما هنا لم يثبت إلا على الحاضر .

٨٨٩ قال : { ولو أن شاهدين شهدا عند قاضٍ لرجل فقالا : نشهد أن قاضياً من القضاة شهدنا أنه قضى لهذا الرجل على هذا بألف درهم ، أو غير ذلك من الحقوق ، ولم يسموا القاضى ، لم ينفذ القاضى هذه الشهادة } ، لأن القاضى يقضى بقضائه فإذا كان مجهولاً لم يمنع قضاء القاضى بشهادة شهود على ذلك القضاء ، كما أن جهالة شهود الأصل تمنع قضاء القاضى [بشهادة ^(٨)] شاهدى الدين اللذين شهدا على شهادتهما . وكذا أن المقضى به إذا كان مجهولاً لم يجز للقاضى أن يقضى به ، كذلك جهالة القاضى الذى قضى للدعى بالشهادة الواقعة على ذلك .

(٧) ل : لها .

(٦) في الأصل : يمدى .

٨٨٩ (٨) في الأصل : شهادة .

890 قال : { وقال محمد : لو أن رجلا قدّم رجلا إلى القاضي فادعى عليه وعلى رجل غائب ألف درهم ، وكل واحد منهما كفيّل عن صاحبه له بها ، فأقام على ذلك بينة ، إنه يحكم له على الحاضر بألف درهم } . وذلك لما بينا أن الكفالة إذا كانت بإذن المكفول عنه فالحاضر خصم عن الغائب . كذلك ما هنا يكون الكفيل خصما عن الغائب في الخمسائة التي كفّل عنه بها ، وأما الخمسائة الأخرى فهي عليه خاصة ، فيؤخذ بها ، فصار مأخوذاً بالألف كلها .

قال : { فإن قدم الغائب قبل أن يؤدّيها ^(١) الحاضر لم يأخذه ^(٢) إلا بالخمسائة } // [ل ٢٦٠ ب] ، يعنى الغائب ، من قبل أن كفالة الغائب عن الحاضر لم تثبت بالبينّة التي أقامها المدعى على الحاضر لما بينا فلا تثبت كفالته عن الحاضر إلا بإعادة البينة عليه إذ لم يكن الحاضر خصما عنه في إثبات المال الذي يلزمه من خاص نفسه ومن الكفالة عن الغائب . وأما الغائب فليس عليه إلا النصف الذي كان عليه في الأصل .

مسئلة

891

قال : { ولو أحضر رجلا فقال : لى على فلان الغائب ألف درهم ، وهذا ورجل غائب يقال ^(١) له فلان كفيّلان لى بها عنه ، على أن كل واحد منهما كفيّل وضامن عن صاحبه بذلك ، فإنه يحكم له على هذا بألف درهم . فإن حضر الكفيل الغائب كان ذلك حكما عليه أيضاً بالألف كلها } . وذلك لما بينا أن المدعى إذا ادعى على الحاضر أنه كفيّل عن الغائب بأمره بألف درهم كان الحاضر خصما عن الغائب ، من قبل أن المال الذي ثبت على الحاضر هو

(٢) ل : يؤخذ بها .

890 (١) ل : يؤخذ بها .

891 (١) ل : يقال ،

نفس ما ثبت على الغائب ، إذ بأمره ثبت وبه وجب له الرجوع . فإذا كان كذلك والحاضر كقيل عن صاحب الأصل وعن الكفيل الآخر بما عليه (٣) ، فيكون خصما عنهما جميعاً .

٨٩٢ باب الرجوع عن الشهادة على الشهادة

الأصل في هذا أن الشاهدين اللذين شهدا عند القاضى إذا رجعا من الشهادة وجب ضمان المال المستحق // [ف ٢١٠ ب] بشهادتهما في قولهم جميعاً . وأما رجوع شاهدى الأصل فعلى الخلاف : قال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يضمنان شيئاً ، وقال محمد : يضمنان ما استحق بشهادة الشاهدين اللذين شهدا على شهادتهما . أما رجوع الآخرين فإتما يجب به الضمان عليهما لأنهما قد أتلفا هل المشهود عليه ما استحق بشهادتهما ، إذ الحاكم إنما يحكم بشهادتهما ، ويؤمر بدفع المال إلى المشهود له لأجل الشهادة . فوجب أن يكون الضمان عليهما . وأما رجوع شاهدى الأصل دون الآخرين فإتما لم يتعلق به ضمان عند أبي حنيفة لأن شهادتهما لم توجب حكماً ، إذ الشهادة لا تثبت // [ل ٢٦١ أ] حكماً إلا عند القاضى . فإذا كان كذلك فوجد قولها وعدمه سواء ، إذ لم يتعلق به الحكم وإنما تعلق الحكم بشهادة الآخرين ، وهما جملة ذلك القول شهادة ، فلا يلزم الأولين شيء . وأما محمد فإنه يقول : لو لم يشهد شاهداً الأصل لم تكن شهادة هذين شهادة توجب (٣) قطع الحكم بها ، وإنما شهادة الأولين يحكم بالحق . ألا ترى أنهما لو ارتدا أو خرجا من العدالة لم يحكم بذلك الحق ؟ فقد بان لك أن الاعتبار بشهادة شاهدى الأصل . والجواب عن هذا أن الحكم وإن لم يجب قطعه بشهادة هذين إلا أن تثبت شهادة شاهدى الأصل ، فإن ذلك يوجب أن يكون ذلك الحكم وقع بشهادة شاهدى الأصل وبها استحق

المسال : ألا ترى أن شاهدين لو شهدا على إقرار المطلوب كان الحكم يتعلق بشهادة هذين وإن كان القاضي يثبت إقرار المقر أولاً بشهادة الشهود ، ومع ذلك لو رجعا عن الشهادة كان الضمان يلزمهما دون المقر . كذلك في مسئلتنا الحكم يقع بشهادة الآخرين وإن كان القاضي لا يقضى بشهادتهما مع بطلان شهادة الأولين . وذكر الخصاص في هذه المسئلة ما استذكره الشيخ وقال : هذه المسئلة في الجامع الكبير على التفصيل الذي بينا . وبقي الباب مسائل مشهورة ليس فيها كلام ، كرهنا ذكرها .

893 باب البراءة والشهادة عليها

الأصل في هذا الباب أن قول الإنسان ودعواه محمول على الصحة ولا يجوز حملة على الكذب ما لم يتيقن كذبه ، لأن أمور المسلمين محمولة على هذا . فإذا كان كذلك فالمدعى عليه إذا أنكر دعوى المدعى وقال : ما لك عليّ شيء ، أو قال : لم يكن له عليّ شيء قط ، فأقام الطالب البينة على ثبوت حقه ، ثم إن المدعى عليه أقام البينة على أن الطالب قد أبرأه من كل حق // [٢٦١ ب] قبله أو أنه قد أوفى حقه ، لم يكن إنكاره بحدّياً [كذا] بينة من قبل أن قوله // [ف ٢١١] : لم يكن له عليه شيء ، يجوز أن يكون صادقاً ولم يكن له عليه شيء ، إلا أنه دفع ما لا يسقط عن نفسه دعوى الطالب وخصومته ، وكذلك دفع إليه ما لا يبرئ منه الخصومة فأبرأه من كل دعوى قبله وأن لم يكن له شيء . وكذلك لو كان الدعوى في دم عمد ورقى فأنكر المدعى عليه ذلك فأقام المدعى البينة على القتل وعلى الرق ، ثم جاء المدعى على بينة أقامها أنه قد أبرأه من الدم وأنه اعتقه أو كاتبه ، يعنى في الرق ، فإن القاضي يقبل بينة المدعى عليه لأنه يُحتمل أن يكون المدعى عليه قاتلاً ، إلا أن الطالب ادعى عليه القتل وسأله أن يبرأه من دعواه وخصومته ، أو دفع إليه ^(١) ما لا على البراءة ، ففعل ذلك ، فإن

البراءة جائزة وإنكاره في الابتداء صحيح . وكذلك يجوز أنه لم يكن هبداً له ، إلا أنه لما ادعى عليه الرق أراد أن يسقط عن نفسه خصومته ، فافتدى الخصومة بمال دُفع على أن يمتقه ، وإن لم يكن ذلك عتقاً في الحقيقة ، أو على أن يكاتبه وإن لم تكن تلك الكتابة^(٢) كتابة في الحقيقة . فلما أدى الكتابة لم يكن له عليه سبيل ، ففسدت البيعة على الظاهر من أمره أنه كان مكاتباً له ، فأدى الكتابة وعتق ، فتقبل شهادتهما على ذلك . وليس هذا كقوله : لا أعرف هذا المدعى فأقام المدعى البيعة على حقه ، ثم أراد المدعى عليه أن يقيم البيعة بعد ذلك على البراءة والإيفاء لم تقبل بيئته على ذلك من قبل أن قوله الأول إكذاب لبيئته على أنه قد أبرأه من الحق أو أنه أوفاه حقه ، إذ قد اعترف أنه لا يعرفه أصلاً . فكيف يجوز أن يقيم البيعة على أنه قد أبرأه وهو معترف بأنه لا يعرفه ولا جرى بيئته وبيئته كلام ولا غيره ؟

قلت للشيخ : فالمعرفة قد تكون بوجه وقد تكون بالإسم ، فيجوز أن يكون مراده بقوله : لا أعرفه ، أى لا أعرفه بوجه لو رآه إلا كان بينهما^(٣) . فإذا احتُمل هذا وجب أن لا يكون قوله : لا أعرفه ، إكذاباً لبيئته على البراءة ، فحرر على ولم يجب من هذا بشئ . // [ل ٢٦٢ أ] ، وهذا لازم على ما بين^(٤) عليه المسائل .

مسئلة

894

قال : ولو ادعى شراء جارية من رجل وأراد ردّها بعيب فجعله البائع وقال : لم أبعك ، فأتى المشتري بشهود أنه ابتاعها وهي عوراء ، فأقام البائع

(٢) ساقط من ب .

(٤) للمضى هنا غير واضح ولعل بعض الكلمات سقطت .

(٤) ب : بينا .

البينة أنه قد برىء إليه من العور فإن أبا حنيفة قال في هذا : لا أقبل بينته على البراءة . وقال أبو يوسف : أقبل ذلك { . لآبى حنيفة أن الرد بالعيب لا يثبت حكمه إلا بالبيع ، فإذا قال : لم أملك ، فقد كذب بينته على أنه قد أبرى المشتري من العيب . وأما أبو يوسف فإنه قال : الرد بالعيب حكم غير البيع ، فإنكاره للبيع لا يوجب تكذيباً لبينته على [ف ٢١١ ب] البراءة إذ هما حكان مختلفان . والجواب أن هذا وإن كان كذلك فالبراءة من العيب لا تثبت في غير البيع ، فإنكاره للبيع يوجب كذباً لبينته على البراءة . ولآبى يوسف أيضاً أنه يُحتمل أنه لم يبيع منه شيئاً إلا أنه لما ادعى عليه ذلك طلب منه البراءة فأبرأه من العور .

باب من دعوى الرجلين

895

الأصل في هذا الباب أن البينة تُقبل على إثبات اليد كما تُقبل على إثبات الملك لأن كل واحد منهما حق للدهى . فإذا كان كذلك فالرجلان إذا تنازعا إلى القاضى في دار أو أرض أو شيء من العقار ، فقال كل واحد منهما : هذا الشيء لى وفى يدى ، فإن القاضى يأمر كل واحد منهما أن يحضر البينة على أن ذلك في يده . فإن أتيا جميعاً بالبينة فشهدوا كل واحد منهما أنه في يده ، إن القاضى يُقر ذلك في أيديهما ، كما أنهما لو شهدا على الملك ترك ملكه لهما نصفين ، وإن كان في المعنى يحكم لكل واحد منهما بالنصف الذى في يدى صاحبه .

قال : { ولو أقام أحدهما البينة أنها له ، وأقام الآخر البينة أنها في يده ، فإن صاحب الملك أولى { ، من قبل أن الملك يستحق به ابتداءً ، واليد لا يستحق { [ل ٢٦٢ ب] بها الملك فإذا كان كذلك فصاحب الملك أقام البينة على إثبات " الملك لنفسه وإزالة يد صاحبه ، وصاحب اليد إنما أقام البينة على إثبات " اليد حسب " ، ولم يقيم البينة على إزالة ملك صاحب الدار ، فتكون

بينت صاحب الملك أولى . { ولو أقام أحدهما البيعة أنه كان في يده أسس أو من سنة أو شهر ، وأقام الآخر البيعة أنه في يده الساعة ، كانت بينة صاحب اليد أولى } ، من قبل أن هذه يد مشاهدة في الحال ، واليد الثابتة في الحال لا يجوز إزالتها بيد يثبتها^(٢) من جهة الحكم . وليس هذا كالمملك ؛ لو أقام أحدهما البيعة أنه له منذ شهر وأقام الآخر البيعة أنه ملكه في الحال ، كانت بينة الوقت الأول^(٣) أولى . وقال أيضاً : { لو أقام أحدهما البيعة أنها كانت في يده منذ شهر ، والآخر أقام البيعة أنها كانت في يده منذ جمعة ، فإن القاضي يقرها في يدي صاحب الجمعة ، ولم يجعلها في يدي صاحب الشهر } كما قلنا في المملك إن صاحب الوقت الأول أولى . والأصل في هذا كله أن المملك المشاهد يستحق بالبيعة ، واليد المشاهدة لا تزال بينة تثبت بدءاً أخرى من جهة الحكم . وقد بينا هذا الأصل في كتاب الدهوى . فإذا كان كذلك ففي مسئلتنا صاحب اليد في الحال يده ثابتة وصاحب الوقت أقام البيعة على أنها كانت في يده قبل ذلك . فلا يجوز إزالة هذه اليد الثابتة بيد يثبتها من جهة الحكم . وكذلك صاحب الجمعة وصاحب الشهر . صاحب الجمعة أثبت يده على الدار فلا // [ف ٢١٢ أ] يجوز إزالة هذه اليد بيد يثبتها قبلها من جهة الحكم . أما المملك فليس كذلك لأن صاحب الوقت الأول قد أثبت لنفسه ملك الدار منذ شهر ، وصاحب الجمعة أقام البيعة أنها له منذ جمعة ، فهو المدهي استحقاق ملك الدار على صاحبه ، إذ في بيعة صاحبه أن الدار له منذ شهر . فإذا كان كذلك فعلى صاحب الجمعة أن يبين جهة المملك التي بها استحق ملك الدار على صاحب الشهر^(٤) . وإلا لم تقبل بينته على استحقاق الدار على صاحب الشهر^(٥) . ونظير المملك في مسئلتنا أن يقول صاحب الشهر . إن الدار في يدي منذ شهر ، ولا يقول : إنها كانت في يدي منذ شهر . وليست هذه المسئلة معنا ، فينبغي أن لا تكون بينة صاحب الجمعة // [ل ٢٦٣ أ] أولى إذا

٢٦٣ (٢) أي صاحب اليد السابق .

(٤) ساقط من ل .

(٥) ساقط من ل .

كان الأمر على ما قلنا من قبل أن صاحب الشهر أقام البيعة أن الدار في يده من مدة شهر ، وأقام صاحب الجمعة أنها في يده منذ جمعة ، لأنهما جميعاً قد أقاما البيعة على إقباط اليد في الحال وإن كان أحدهما قد ثبتت يده عليه منذ شهر والآخر منذ جمعة ، وأن تكون بيعة صاحب الشهر أولى لأن صاحب الجمعة يدعى ثبوت اليد على الدار منذ جمعة^(٥) بعد ثبوت يد صاحب الشهر عليها فصار كأنه يدعى استحقاق تلك اليد منذ جمعة^(٦) . وأما مسئلة الكتاب فإن صاحب الشهر إنما أقام البيعة على أن الدار كانت في يده منذ شهر ، وليس معه أنها في يده منذ جمعة . وصاحبه قد أقام البيعة أنها كانت في يده منذ جمعة . فأثبت هذه اليد لأنها بعد يد صاحبه . وليس في لفظ صاحبه ما ينافي هذه البيعة إذ لم يشهدوا بأنها كانت في يده منذ جمعة . فلذلك كان صاحب الجمعة أولى باليد على الدار .

{ قال أبو حنيفة في رجل في يده دار ادعاهما رجل وأقام شاهدين أنها كانت في يده ، إنى لا أقبل ذلك { من قبل أن هذه يد مشاهدة متيقنة ، فلا يجوز إبطالها بيد يثبتهما من جهة الحكم .
قال : { ولو أقر صاحب اليد بأنها كانت في يدي الخارج أو أقام الخارج البيعة على إقراره بذلك فإنه يحكم باليد للخارج } .

896 باب الغرماء يشهد بعضهم لبعض والموصى لهم

قال أبو بكر الخصاص : { ولو أن رجلا مات وترك ورثة وترك مالا ، فشهد رجلان لرجلين على الميت بدين ألف درهم ، وشهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين ألف درهم فإن أبا حنيفة وابن أبي ليلى وأبا يوسف قالوا : الشهادة

(٦) ل : اليد .

(٥) ساقط من ل .

باطلة . وروى محمد في الجامع الكبير عن أبي حنيفة أن الشهادة جائزة // [ف ٢١٢ ب] وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنهم إن جاوزوا جميعاً فالشهادة باطلة ، وإن شهد اثنان لاثنين فقبيل شهادتهما ، ثم ادعى الشاهدان على الميت ألف درهم ، فشهد لهما الغريمان الأولان فشهادتهما جائزة } .

قال : // [ل ٢٦٣ ب] ألا ترى أن الميت لو لم يترك إلا ألف درهم ، إنهم يتخاصمون فتكون بينهما ؟ ألا ترى أن أحد الفريقين لو حضر فأعطاه القاضي نصف الألف التي ترك الميت ووقف النصف الآخر للفريق الآخر ، ففضاع هذا النصف ، ثم جاء الفريق الآخر ، إن لهم أن يشاركوا أولئك فيما قبضوا ، فيأخذوا منهم نصف ما في أيديهم ؟ وكذلك شهادة الغرماء كلهم بعضاً لبعض في مثل هذا باطل إذا كانت تقع بينهم شركة ، يعني على رواية الحسن ، وهو قول أبي يوسف . وأما المشهور عن أبي حنيفة أن شهادة بعضهم لبعض لا تبطل . والدليل على هذا اتفاقهم جميعاً على أن المطلوب لو كان حياً والمسئلة بحالها ، كانت شهادة كل فريق منهم للفريق الآخر جائزة على إثبات الدين على المطلوب . وجب أن تكون مسئلتنا كذلك . والمعنى الجامع بينهما أن المال يثبت في الوجبين جميعاً أولاً في ذمة المطلوب وإن كان في حال موته يؤخذ من التركة لبطان الذمة . وأما أبو يوسف فإنه ذهب إلى أن المطلوب إذا كان ميتاً فالدين الذي يثبت يتعين في التركة . فصار كل واحد منهما ، من الفريقين ، قد شهد بثبوت الشركة في عين التركة لصاحبه ، فلا يجوز كلاً لا يجوز لأحد الشريكين أن يشهد لصاحب بثبوت الدين على غيره . والمعنى الجامع بينهما أن المستحق من الدين يكون بينهما في الوجبين جميعاً . والجواب أن هذا مفارق للشريكين لأن أحد الشريكين إذا شهد لصاحبه بالدين فهو شاهد لنفسه لأنه يثبت بشهادته ديناً له ولصاحبه ، فلهذه العلة لم يجوز . وأما في مسئلتنا فإن أحد الفريقين لم يثبت لنفسه حقاً في عين التركة وإنما أثبت حق لصاحبه ، وصاحبه أثبت له حقاً فلا يمنع ذلك صحة الشهادة ، وإن كانا مشتركين

في استحقاق العين بالدين ، كما أنهما لو شهد كل فريق لصاحبه بالدين على المريض ثم مات لئنما يشتركان في عين التركة وإن لم يكن وجود الاشتراك مانعاً من قبول بيئته كل واحد منهما على المطلوب لصاحبه . كذلك هذا .

897

فصل

{ ولو كان أحد الفريقين شهد لصاحبه أن الميت خصب منه هذا العبد الذي في يدي ورثته وشهد // [ل ٢٦٤] الفريق الآخر على الميت بدين ألف درهم فإن هذا جائز في قولهم جميعاً { من قبل أن معنى الشركة معدوم ها هنا ، إذ مدعى العبد لا حق له في الدين // [ف ٢١٣] ، ومدعى الدين لا حق له في العبد عند الاستحقاق . وذلك [أنهما حقان وليس بينهما اشتراك ^(١)] . فإن شهادة كل فريق لصاحبه جائزة من قبل أن المانع من جواز شهادة أحد الفريقين للآخر على قول أبي يوسف أيضاً هو وجود الشركة على ما بينا . ومعنى الاشتراك معدوم ها هنا فيجوز .

898

مسئلة

قال : { ولو أن رجلاً مات فادعى رجلان أنه أوصى لها بالثلث ، وأقاما على ذلك شاهدين . وادعى الشاهدان أن الميت أوصى لها بالثلث فعهد لها ذاك الرجلان بما ادعيا من الوصية على الميت ، فإن شهادة كل واحد منهما للفريق الآخر باطلة { من قبل أن الوصية ^(١) لا تثبت في الذمة وإنما تثبت في عين . فصار كل فريق يشهد لنفسه ولصاحبه بملك تلك العين ، إذ تلك العين لها على وجه الاشتراك ، فلا يجوز كما لا يجوز شهادة الشريكين . وليست

897 (١) في الأصل : وذلك حائز الموجب بينهما اشتراك . ولا يستقيم الذي بدون ما أفتناه .

898 (١) ف : الوصف .

الوصية في هذا كالدين على قول أبي حنيفة من قبل أن الوصية تثبت في عين
لا في الذمة ، والدين يثبت في الذمة ثم يُستوفى من العين . وثبت هذا في ذمة
المطلوب لا يمنع ثبوت دين الشاهدين ، فيثبت الدينان جميعاً كما قلنا في حال
حياة المطلوب ، ثم يُستوفيان من التركة لبطلان الذمة .

فصل

899

{ ولو كان أحد الفريقين ادعى وصية عبد بعينه أو غير ذلك من الأعيان ،
وادعى الآخر وصية عبد آخر ، فهذا جائز { لعدم الاشتراك بينهما
في الاستحقاق .

قال : { ولو ادعى أحدهما وصية عبد والآخر وصية بالثلث لم يهر { لأن
صاحب الثلث شريك في العين فلا يجوز . وفرق الخصام بين حال حياة
المطلوب وبين موته : إن المطلوب لو قضى من ماله ألف درهم بعض غرامته ،
ثم جاء آخر وادعى عليه ألفاً أخرى فصدقه بذلك القابض للألف لم يلزمه
شيء بذلك . ولو كان مثل هذا بعد موت المطلوب على أن الغريم [ل٢٦٤ب]
قبض الألف من الورثة قضاء بدينه^(١) أن يقاسم الألف مع المقر له بقدر
ديونهما . فأراد بهذا أن يبين أن الدين بعد الموت يوجب الاشتراك ، وقبل
الموت لا يوجب . فلماذا لم تجز شهادة كل فريق لصاحبه بعد موته على قول
أبي يوسف ، وجازت قبل موته .

900 قال : { ولو أن رجلين ادعيا على ميت ألف درهم فشهد بذلك
رجلان وحكم لهما الحاكم بها أو لم يحكم ، حتى ادعى رجلان آخران غير
الشاهدين على الميت ألف درهم ، فشهد لهما الفريقان اللذان أقاما البيعة أن لها

على الميت ألف درهم فشهادتهما جائزة { . وهذا بلا خلاف لأن المشهود لها شهدا هاهنا لرجلين أجنيين ليس بينهما حلقة فلا يمنع صحة شهادتهما لها .

قال الخصاف : { وأصل هذا أن كل حق يثبت للشاهدين بشهادة غير^(١) من شهدا له^(٢) فهو جائز ، وكل حق يثبت للشاهدين بشهادة من شهدا^(٣) له فإنه على // [ف ٢١٣ ب] وجهين : إن كان يقع في شيء من الشهادة شركة في مال الميت فالشهادة كلها باطل { . وهذا على الخلاف الذي بينا .

قال : { فإن كان لا يقع في ذلك شركة فالشهادة جائزة { . وهذا على ما بينا من الخلاف وقول أبي يوسف ورواية الحسن .

قال : { وقال أبو يوسف : وإن كانت الشهادة لا يقع فيها شركة فإنه لا يجوز في هذا إلا شهادة العدول والثقات { .

مسألة

901

{ ولو أن رجلين شهدا لرجل أنه ابن الميت ثم شهد الإبن ورجل للشاهدين^(١) على الميت بدين ألف درهم ، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف قالوا : الشهادة كلها باطلة { في قولهم جميعاً من قبل أن الفرعيين يشهدان بإثبات نسب الإبن^(٢) ليكون خصماً لها في إثبات الدين ، فلا تجوز شهادتهما في إثبات الخصم لأنفسهما . فإذا لم تجز شهادتهما في إثبات النسب لم يثبت النسب ، فلا تجوز شهادة الإبن بعد ذلك لها بدين الميت إذ لم يكن هناك خصم عن الميت { . وإن كان القاضى قد قضى بالنسب // [ل ٣٦٥ أ] أولاً ثم شهد الإبن مع غيره للشهود بالدين جاز هذا { ، من قبل أن شهادتهما قد وقع الحكم

(٢) ساقط من ل .

900 (١) ساقط من ل .

(٢) ل : الأولين .

901 (١) ل : لقامد .

بها ، ولم يكن في شهادتهما إثبات خصم لأنفسهما . فإذا وقع الحكم بها على النسب ثبتت اللسب ، وإذا ثبت اللسب غير متعلق بشيء جاز بعد ذلك شهادة الإبن لها بالدين ، كالأبن المعروف إذا أقر للفرع بالدين على الميت .

902 باب شاهد الزور وما يصنع به

ذكر { حديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه أقام شاهد زور عشية في إزار يشلب^(١) نفسه ، وحديث شريح أنه كان يبعث شاهد الزور إلى مسجد قومه أو إلى سوقه . وفي بعض الأخبار أنه ضرب شاهد زور حقائق^(٢) ونزع عمامته عن رأسه . وعن عمر بن عبد العزيز أنه ضربه سبعين سوطاً . وعن الزهري أنه قال : يُعزَّر . وعن الشعبي أنه قال : أمر خفيف ، يضرب ما دون الأربعين . وعن شريح أنه قال : إذا اتهم الشاهد لم يسأله عن شيء يُقوِّم^(٣) } . وهذا على ما ذكره من خلاف السلف^(٤) في شاهد زور ، بعضهم قد أوجبوا الضرب على وجه وبعضهم لم يوجبوا . ومذهب أبي حنيفة في هذا أنه لا يُعزَّر ولكن يُعرف للناس ويُفسَّر ويُنادى عليه في قبيلته أو في سوقه ويحذر الناس منه .

قال الشيخ : وهذا إذا كان قد تاب . فأما إذا لم يكن تاب ويقول : إني شهدت بالزور وأنا على ذلك ، فإن هذا يلغى أن يعزَّره . وأما عند أبي يوسف وعمر : يعزَّر : يضرب أسواط وينادى عليه ويشهر على ما بينا .

قال : { لعل غيره يتعظ به } . لا في حنيفة أن قوله : إني شهدت بالزور توبة وتندماً على ما فعل إذا لم يكن مصراً عليه ، والتائب لا يجب عليه التعزير .

902 (١) كذلك الأصل . ولعل المعنى : يهزأ منه .

(٢) لعل المعنى : ضربه وهو مضمّن .

(٣) كذلك في الأصل . (٤) ساقط من ل .

لأننا لو أوجبناه أو جبناه لثبوته^(٥) [ل ٢٦٥ ب] . فأما إذا كان مصراً على ذلك فإنه يميز لأن في ذلك اجترأ على ارتكاب المعاصي وإتلاف حقوق الناس بشهادته . وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما قالا : يجب التمييز بنفس القمادة بالزور لأنه كذب نفسه ، ونفس الشهادة قد وقع على البطلان وإتلاف حق الادميين بها ، فصار مستحقاً للتمييز بذلك عند إكذاب نفسه . والجواب أن التوبة قد أسقطت ذلك ، فينبغي أن لا تميز عليه .

909 باب في المرأة تخاصم زوجها في ولدها منه

وقد طلقها

قال أبو بكر الخصاص : { ولو أن امرأة معها ولدها صغير قدّمت رجلاً إلى القاضي فقالت : هذا كان زوجي فطلقتني ، وهذا ابني منه ، فشره بالنفقة عليه ، فقال الرجل : هذا ابني منها وقد طلقته وقد تزوّجت ، وأنا أولى بالصبيّ منها ، فسألها القاضي عن ذلك ، فقالت : ما تزوّجتُ ، قال قولها في ذلك } ، من قبل أنهما قد تصادقا على ثبوت الحضانة في الابتداء ، إذ قد اتفقا على ثبوت نسب الولد منها ، وأن النكاح فيما بينهما قد بطل ، وأدعى الزوج أنها قد تزوّجت وبطل حق الحضانة لها ، وأنه^(١) ثابت ما لم يثبت نكاحها من غيره .

قال : { فإن أراد يمينها على ذلك استحلّفت له ، فإن حلفت أقره القاضي . معها وفرض على الزوج نفقة الصبي . وإن نكلت عن البين دفع الصبي إلى أبيه } ، وذلك أن حق الحضانة هو لها ، ويجوز إسقاطه بفعلها من جهة الحكم .

(٥) مزيد في ل ، ج : وهذا لا يجوز .

الآثرى أنها لو أعترفت أنها تزوجت أو فعلت ما يمنع حق الحضانة لم يكن لها أخذ الولد . فكذاك هاهنا ، أن 'يُحلف على دعوى الرجل لأن المحلوف عليه بما يجوز بذله من جهة الحكم . ليس هذا ، على قول أبي حنيفة ، كسائر الأشياء التي لا 'يُحلف عليها لأن تلك بما لا يصح بذلها من جهة الحكم . وهذا مما يصح بذله ^(٢) . فإذن اقتربا . فإن حلفت برئت من دعوى الرجل ، ويكون لها إمساك الولد // [ل ٢٦٦ أ] ونفقته ، وإن نكحت عن اليقين أخذ الرجل الولد منها لأن حق الحضانة لها قد بطل ، فالرجل أخذ الولد .

قال : { وإن قالت المرأة : قد كنت تزوجت رجلا فطلقني ، أو : مات عني وليس لي اليوم زوج ، فالقول قولها في ذلك } ، لأن حق الحضانة الثاني قد ثبت بتصادمهما ، فلا يبطل إلا بإثبات حق يمنع الحضانة . ونكاحها لرجل مجهول هو حق لغير معين . وحقوق بني آدم لا تثبت لغير معين ، فلا يبطل حق الحضانة لها إذا كانت مدعية في الحال أن لها حق الحضانة . ولو قالت في الحال إنها مزووجة بطل حق الحضانة [بإقرارها] ^(٣) في الحال أنه ليس لها حق الحضانة ، لا لمعنى آخر .

قال : { وإن كان الزوج الذي أقر له بنكاحها منه رجلا معروفاً ، وادعت أنه طلقها ، وجحد الأب ذلك ، فالقول قوله } من قبل أن حق النكاح قد ثبت للمقر له بالنكاح ، إذ هو بعينه ، وحقوق بني آدم تثبت لمعين . فلا 'تصدق المرأة على إبطال النكاح بينها وبين المقر له بعدما ثبت . فلا يجب لها حق الإمساك // [ف ٢١٤ ب] . وليس هذا كالباب الأول لأن هناك لم يثبت حق النكاح للمقر له ، إذ هو مجهول ، والإقرار بالحق لغير معين لا يصح . فإذن اقتربا .

أبواب الكتاب

أبواب الكتاب

باب ما أنبىح للقاضى من الاجتهاد وما يذنبى له أن يعمل به	24
باب الرجل 'يبتلى' بالقضاء ويدخل فيه	33
باب القاضى كيف يعمل فى قبض ديوان القاضى المعزول وكيف يعمل فى الإقرارات والمحاضر والسجلات	38
باب العمل فى الضياع والوقوف والمستغلات والدور التى فى أيدي الأمناء	59
باب ما يجب على القاضى من عناية أمنائه على ما فى أيديهم من الأموال	70
باب ما يذنبى للقاضى أن يترفع من بالبلد الذى وليه من العدول وأهل الثقة والأمانة	78
باب القاضى يقضى فى المسجد الجامع	79
باب القاضى يجلس معه غيره	101
باب ما للأمر أن يفعله دون القاضى	103
باب مشاورة القاضى	107
باب فى فصل الخطاب	109
باب خمس خصال	110
باب فى رزق القاضى	111
باب الرشوة فى الحكم والهدايا إلى العمال والأمراء والرشوة لهم وغيرهم	112
باب تسليم القاضى على الخصوم	122

باب القاضى يولّى قضاء بلد من البلدان فيأتيه رجل من أهل عمله فيقرّ عنده في غير عمله بشيء أو يركّل عنده رجلاً في غير عمله	124
باب اليمين	130
باب كيف يهلف أهل الإلحاد من اليهود والنصارى والمجوس وغيرهم	196
باب ما لا يجب فيه اليمين	203
باب اليمين على العلم	211
باب قبول البيّنة بعد اليمين	224
باب النكول من اليمين	228
باب أخذ الكفيل	234
باب العدوى والإعذار	261
باب من لا يسأل عنه من الشهود	277
باب الحبس في الدين وغيره	279
باب حجر الفساد	305
باب المسئلة من الشهود	326
باب المدعى عليه يمدّل الشهود	359
باب الملازمة في الدين	362
باب من القضاء - ما ينبغي للقاضى أن يعمل به	363
باب القاضى يقضى بعلمه	379
باب القاضى تجدد في ديوانه شيئاً لا يحفظه	382
باب القاضى تُرفع إليه قضية مما ينبغي له أن ينفذها أو لا ينفذها	386
باب موت الخليفة وله قضاء أو عزل وله قضاء	408
باب الخوارج يولّون قاضياً	409
باب استخلاف القاضى	410

باب القاضى يُعزل فيطالب بشئ مما كان فعله وهو قاضٍ .	415
باب خطأ الحاكم	416
باب القاضى يقضى بالقضاء ثم يرى بعد ذلك خلافه	417
باب ما يحلّه قضاء القاضى وما لا يحلّه	420
باب ما يدعى للقاضى أن يضعه على يدى عدل إذا خوصم إليه فيه	429
باب الرجل يدعى الشئ فى يدى غيره من العقار والعروض	437
باب الرجلين يدعيان الشئ : كل واحد منهما يدعيه كله ويقسم البينة أنه له ، ولبس هو فى يد واحد منهما ، وما جاء من الأحاديث فى القرعة أو من أقرع ومن لم يقرع	452
باب الرجل يكون فى يده العبد أو الفرس فيدعى رجل ذلك ويقسم بینه أنه له ويقسم الذى فى يده ذلك بینه أنه له	457
باب الرجل يدعى الشئ وأن أباه مات وتركه ميراثاً	458
باب القاضى لمن يهور قضاؤه ولمن لا يهور	470
باب ما يكون الرجل فيه خصماً وما لا يكون	472
باب كتاب القاضى إلى القاضى	474
باب ما لا ينبغي للقاضى أن يكتب به كتاباً	498
باب القاضى يرد عليه كتاب من قاضٍ ما ينبغي له أن يعمل به	500
باب الرجل يريد أن يتبت وصية	534
باب الرجل يوصى إلى رجلين	561
باب الرجل يوصى إلى من لا يهور الوصية له	566
باب ما لا يهور من فعل الوصى أن يفعله فى مال اليتيم	575
باب ما يكون فيه قبول الوصية وما يكون ردّها لها	582
باب فى إثبات الوكالة	584
باب الشهادة على الوكالة	602

باب ما لا تهرز فيه الوكالة	809
باب الرجل يريد سفرأ وهو مطلوب فيوكل	811
باب إثبات السب	821
باب إثبات الدين والحقوق على الميت	827
باب الرد بالعيب	840
باب الشفعة	862
باب الخصمين يحكمان بينهما حكا	873
باب الإقرار بالمال عند القاضي في مجلسين والشهادة على صكتين	885
باب الخصومة بين أهل الذمة	893
باب القسمة وما ينبغي للقاضي أن يعمل في قسامة وقسمتهم	701
باب دعوى بعض الورثة الغلط في القسمة	711
باب نكاح الصغير	714
باب المطالبة بمهر المرأة وطلب الزوج امرأته وكيف الحكم فيه	719
باب التتبع والمحبوب	732
باب المحبوب والرتقاء	748
باب الرجل يغيب عن امرأته فتطلب امرأته النفقة	760
باب النفقة والكسوة	763
باب نفقة المطلقة	785
باب نفقة الصبيان	788
باب النفقة على الأبوين وعلى ذى الرحم المحرم	783
باب العبد يتزوج وما يلزمه النفقة	803
باب امرأة المفقود وولده يطلبون النفقة من مال المفقود	804
باب نفقة المرأة : شهد شهود على طلاق زوجها لها وغير ذلك	806
باب الولد : من أولى به وعند من يكون	814

باب المرأة يطلقها زوجها ولها منه ولد فتريد أن تخرج من المصر	816
باب الجارية والغلام إذا بلغا وتخيرهما	818
كتاب الشهادات وما يجوز منها وما لا يجوز	
باب الرجل يشهد على نسب لم يدركه ولم يعرفه معرفة متقدمة	820
باب الشهادة على الموت	825
باب الشهادة على العتق والطلاق والولاء	826
باب الشهادة على ملك لم يدركه ولم يعاين صاحبه	828
باب الرجل يرى اسمه وخطه وعلمه في الكتاب ولا يذكر الشهادة	830
باب الشهادة على الشهادة	853
باب الشهادة في الحدود ونحو ذلك	859
باب الرجوع عن الشهادات	880
باب الشهادة على الحقوق	881
باب الرجوع عن الشهادة على الشهادة	882
باب البراءة والشهادة عليها	883
باب من دعوى الرجلين	885
باب الغرماء يشهد بعضهم لبعض والموصى لهم	896
باب شاهد الزور وما يصنع به	902
باب في المرأة تنصم زوجها في ولدها منه وقد طلقها	903

المصادر

ابن العماد ، عبد الحى
شذرات الذهب ، ٨ أجزاء ،
القاهرة ، ١٣٥١ هـ

ابن فرحون ، ابراهيم بن محمد
تبصرة الحكام ، القاهرة ، ١٣٠٢ هـ .

ابن قطلوبغا ، قاسم
تاج التراجم فى طبقات الخفئية ،
بغداد ١٩٦٢

ابن ماجة ، محمد بن يزيد
السنن ، جرمان ، القاهرة ١٣١٣ هـ .

ابن منظور ، محمد بن مكرم
لسان العرب ، ٢٠ جزءاً ،
بولاق ١٨٨٣ - ١٨٩٠

ابن هشام ، عبد الملك
سيرة النبي ، القاهرة ١٩٣٧

أبو داود ، سليمان بن الأشعث السجستاني .
السنن ، جرمان ، القاهرة ١٨٦٣

الإحكام فى أصول الأحكام : أنظر
الأمدي .

الأصبهاني ، على بن الحسين
الأغانى ، ٢٠ جزءاً ، القاهرة

١٩٦٣ - ١٩٧٢ .
الأعلام : أنظر الزركلى .

ابن أبى الحديد ، عبد الحميد بن هبة الله
شرح نهج البلاغة ، تحقيق محمد
أبى الفضل لإبراهيم ، ٢٠ جزءاً ،
القاهرة [١٩٥٩] - ١٩٦٤

ابن الأثير ، على بن محمد بن عبد الكريم
أسد الغابة فى معرفة الصحابة ،
٥ أجزاء ، القاهرة ١٩٦٤ .

ابن حجر العسقلاني ، أحمد بن على
لسان الميزان ، ٦ أجزاء ، حيد
آباد الدكن ١٩١١ - ١٩١٣

ابن حنبل ، أحمد
المسند ، ٦ أجزاء ، القاهرة
١٣١٣ هـ .

ابن خلكان ، أحمد بن محمد بن أبى بكر
وفيات الأعيان ، تحقيق إحسان
عباس ، ٨ أجزاء ، بيروت
١٩٦٨ - ١٩٧٢

ابن سعد ، محمد
كتاب الطبقات الكبير ، ٩ أجزاء ،
ليندن ١٩٠٨ - ١٩٤٠

ابن شداد ، عز الدين محمد بن على بن ابراهيم
الأعلاق الخطيرة فى ذكر أمراء
الشام والجزيرة ، تحقيق دومينيك
سورديل ، دمشق ١٩٥٣

الجاحظ ، عمرو بن بحر
البيان والنبين ، تحقيق عبد السلام
هارون ، أجزاء ، القاهرة ١٩٤٨

الخصاص ، أحمد بن علي
أحكام القرآن ، تحقيق محمد
الصادق قضاوي ، أجزاء ،
القاهرة ، لا تاريخ .

الجواليقي ، موهوب بن أحمد
المعرب من الكلام الأعجمي ،
تحقيق أحمد محمد شاكر ،
القاهرة ، ١٣٦١ هـ

الجواهر المضية : أنظر ، القرشي ،
عبد القادر بن محمد .

حاجي خليفة (ملا كاتب جلبي) ،
مصطفى بن عبد الله
كشف الظنون عن أسامي الكتب
والفنون ، جزمان ، استنبول
١٣١٠ هـ .

الباري ، عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل
السنن ، جزمان ، دمشق ١٣٤٩ هـ .

دوزي ، ر .
Supplément aux Dictionnaires
Arabes .

جزمان ، لندن باريس ١٩٢٧

الأمدي ، علي بن أبي علي بن محمد
الإحكام في أصول الأحكام ،
أجزاء ، القاهرة ١٩١٤

الباشا ، حسن
الألقاب الإسلامية ، القاهرة ١٩٥٧
البنخاري ، محمد بن اسماعيل ابن إبراهيم
الصحيح ، أجزاء ، القاهرة ،
(محمد علي صحيح ؟ ١٩)

بروكلمان ، كارل
Brockelmann, Carl,
Geschichte der Arabischen
Literatur

هـ أجزاء ، لندن ١٩٣٧ — ١٩٤٩

البغدادى ، اسماعيل باشا
إيضاح المكنون في الأدب على
كشف الظنون ، استنبول ١٩٤٥

البغدادى ، اسماعيل باشا
هدية العارفين : أسماء المؤلفين
وآثار المصنفين ، جزمان ،
استنبول ١٩٥١

البغدادى ، الخطيب أحمد بن علي
تاريخ بغداد ، ١٤ جزء ،
القاهرة ١٩٣١

التوماني ، محمد بن عيسى بن سورة
السنن ، هـ أجزاء ، المدينة المنورة
١٩٦٥ — ١٩٦٧

الشوكاني ، محمد بن علي
البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن
السابع ، جزمان ، القاهرة ١٩٢٦
طاش كبرى زاده ، أحمد بن مصطفى
طبقات الفقهاء ، الموصل ، ١٩٥٤

الطبري ، محمد بن جرير
جامع البيان عن تأويل آي القرآن ،
تحقيق محمود وأحمد شاكر ،
٣ أجزاء ، القاهرة ١٩٥٤-١٩٦٨

الطرابلسي ، علي بن خليل
معين الحكام ، القاهرة ١٣٠٠ هـ .

الغزي ، نعم الدين محمد بن محمد
الكواكب السائرة بأعيان المئة
العاشرة ، تحقيق جبرائيل سليمان
جيور ، ٣ أجزاء ، بيروت
١٩٤٥ — ١٩٥٩

فنيان ، ي
E. Fagnan
Additions aux Dictionnaires
Arabes Alger 1923.

الغبر سي : أنظر ابن النديم
القوائد البنية : أنظر اللكنوي

القرشي ، عبد القادر بن محمد
الجواهر الخفية في طبقات الخفية ،
جزآن ، حيدر آباد ١٣٣٣ هـ .

دي يونج ، ب ، ودي جويه ، م ، ج
De Jong, P. et De Goeje, M. J.
Catalogus Codicum Orientalium
Bibliothecae Academiae Lugdano
Batavae, Volumen Quartum,
IIAXX 13099

الذهبي ، محمد بن أحمد
المعبر في خبر من غير ، تحقيق
صلاح الدين المنجد وفؤاد السيد ،
٥ أجزاء ، الكويت ١٩٦٠

الذهبي ، محمد بن أحمد بن عثمان
ميزان الاعتدال ، ٤ أجزاء ،
القاهرة ١٩٦٣ — ١٩٦٤

الزركلي ، خير الدين
الأعلام ، الطبعة الثانية ، ١٠ أجزاء ،
القاهرة ١٩٥٤ — ١٩٥٧

السرخسي ، محمد بن أحمد
المبسوط ، ٣٠ جزءاً ، القاهرة
١٩٠٦ — ١٩١٣

شاخنت ، جوزيف
Schacht, Joseph
An Introduction to Islamic
Law, Oxford 1984.

الشافعي ، محمد بن إدريس
كتاب الأم ، ٧ أجزاء ، القاهرة
١٣٢٥ هـ .

المرضى الربيدي، محمد بن محمد
تاج العروس، ١٠ أجزاء،
بنغازى ١٩٦٦

مسلم بن الحجاج القشيري
الصحيح، ٨ أجزاء، القاهرة
١٩٦٣

الموسوعة الإسلامية، ٥ أجزاء،
لندن ولندن ١٩٢٤

الموسوعة الإسلامية، الطبعة
الجديدة، ٤ أجزاء، ولم تكمل
بعد، لندن ١٩٦٠

الموسوعة الإسلامية، الطبعة التركية
Islaw Ansiklopedisi,
١١ جزءاً، ولم تكمل بعد،
استانبول ١٩٦٥ - ١٩٧٠

النسائي، أحمد بن شعيب
السنن، ٨ أجزاء، القاهرة
١٩٣٠

ولسنك، أ. ي.
المعجم المفهرس لألفاظ الحديث
النبوي، ٧ أجزاء، لندن
١٩٣٦ - ١٩٦٩

القيسي، هيثم بن سليمان بن حمدون
أدب القاضى والقضاء، تحقيق
فرحات البشراوي، تونس ١٩٧٠

كشف الظنون: أنظر حاجي خليفة
(ملا كاتب جلبي).

السكنوي، محمد عبد الحى
الفوائد البهية في تراجم الحنفية،
القاهرة ١٣٢٤ هـ.

مالك بن أنس
المدونة الكبرى برواية مخزون،
١٦ جزءاً، القاهرة ١٣٢٣ هـ.

المواردي، علي بن محمد بن حبيب
أدب القاضى، تحقيق عبي هلال
المرحان، جزءان، بغداد
١٩٧١ - ١٩٧٢

المتقى، علاء الدين علي
كز العمال في سنن الأقوال
والأفعال، ١٣ جزءاً، حيدر
آباد الدكن ١٩٤٥ - ١٩٦٤

المراصد، محمد خليل
سلك الدرر في أعيان القرن
الثاني عشر، ٤ أجزاء، القاهرة
١٣٥١ هـ.

أسماء : (أ) البلدان والأمكنة

(ب) المعارك

(ج) السجون

(د) القبائل والشعوب

(أ) البلدان والامكنة

665	السواد	512	الاهواز
11,111,264	القام	471	بانيقا
114,823	العراق	79,111,279,444,	البصرة
513,514,515	فارس	502,503,512,513,514,515,	
111,444,469,471,	السوفة	523,607,721,722,731,817,	
513,514,515,586,588,589,		861,864.	
607,665,721,817,823,861		502,503,512,721.	بغداد
864.		117	الحبيشة
79,111,861	المدينة	279	الحجاز
111,261,469,823	مكة	131	حضر موت
693,697	نجران	11	حمص
523	همدان	469,721	شراسان
114	العين		

(ب) للمعارك

470	يوم الجمل	3	ذي قار
-----	-----------	---	--------

(ج) السجون

269	نافع : سم حبس لعل	269	منخيس : حبس لعل
-----	-------------------	-----	-----------------

(د) القبائل والشعوب

474	الدوم	113	بنو أسد
474	المصم	452	بنو إسرائيل
474	العرب	409	بنو أمية
474	الفرس	262,362,523	بنو تميم
79,111,261,845	قريش	112	بنو سليم
131	كندة	279	جهينة
673	الأنصار	116,211,362	خيبر
		409	الخوارج

فهرست الأعمال

ابراهيم النخعي و 846, 839, 116

880.

ابراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود
النخعي من مذجج . من أكابر
التابعين صلاحاً وصدق رواية .
من أهل الكوفة . مات غتقياً
من الحجاج [٨٩٦ ، ٧١٥ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج ١ ، ص ٧٦ .

ابن أبي بريده 5, 12

بلال بن أبي بردة عامر بن أبي موسى
الأنصاري أمير البصرة وقاضيا .
ولاه خالد القسري سنة ١٠٩ هـ .
وعزله يوسف بن عمر الثقفي
سنة ١٢٥ هـ . وحبسه فمات مهيئاً .

[١٢٦ ، ٧٤٤ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ٤٩

ابن أبي حنبله 362

صاحب . روى عنه أبي بكر وعمر
توفي سنة ٨١ هـ ، ٦٩٠ م ، وهو
يؤمئذ ابن إحدى وثمانين سنة .
ابن سعد ، الطبقات ، ج ٢

ص ص ٣١٠ — ٣١١

ابن أبي ليلى 341, 379, 709, 896

محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ،

يسار (وقيل داود) ابن بلال
الأنصاري الكوفي قاض فقيه من
أصحاب الرأي . ولي القضاء والحكم
بالكوفة لبني أمية ثم لبني العباس
واستمر ٣٣ سنة ، مات بالكوفة
[١٤٨ هـ ، ٧٦٥ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٧ ، ص ٦٠

ابن سماعه 92, 277, 380.

محمد بن سماعه بن عبد الله بن هلال
القيسي . حافظ للحديث ثقة .

تجاوز المئة . ولي القضاء لمارون
الرشيد وكان يقول بالرأي على
مذهب أبي حنيفة . وصنف كتباً
منها : أدب القاضي والمحاضر
والسجلات ، والنوادر .

أبي يوسف . [توفي ٢٣٣ هـ ،

[٨٤٧ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٧ ،

ص ٢٣ — ٢٤

ابن سيرين 103, 111, 379.

محمد بن سيرين البصري ، الأنصاري
بالولاء . تابعي . إمام وتفتي علوم
الدين بالبصرة . روى الحديث
واستكتبه أنس بن مالك بخارس .

[توفي ١١٠ هـ ، ٧٢٩ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٧ ، ص ٢٥٧

ابن المسيب 130,452,846.

سعيد بن المسيب بن حزن
المخرومي القرشي سيد التابعين
وأحد الفقهاء النبعة في المدينة
كان أحفظ الناس لأحكام عمر
ابن الخطاب . توفي بالمدينة
[٥٤ ، ٧١٣ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٣ ، ص ١٥٥

أبو برزة الأسلمي 833

هو نضلة بن عبيد بن الحارث ،
الأسلمي . صحابي كان من سكان
المدينة ثم البصرة . ومات بخراسان
[٦٥ ، ٦٨٥ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٨ ، ص ٣٥٨
ابن سعد ، طبقات ، ج ٤ ، ص ٢٤ ،
ص ٣٤

أبو بكر (الصدیق) 12,111,114,

125,381,820,825,878.

عبد الله بن أبي قحافة عثمان بن
طامر بن كعب التيمي القرشي .
أول الخلفاء الراشدين . وأول
من آمن برسول الله من الرجال .
توفي بالمدينة [١٣ ، ٦٣٤ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ،
ص ٢٣٧ — ٢٣٨

ابن عباس 12,94,115,129,

130,228,337,393,788,

833,846.

عبد الله بن عباس بن عبد المطلب
القرشي الهاشمي . ولد بمكة . ولازم
رسول الله وروى عنه الأحاديث
[٦٨ ، ٦٨٧ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ،
ص ٢٢٨ — ٢٢٩

ابن عمر 112,228,401.

عبد الله بن عمر بن الخطاب
المدني ، أبو عبد الرحمن صحابي .
لما في الإسلام وهاجر إلى المدينة
مع أبيه وشهد فتح مكة . مولده
وفاته فيها ، وهو آخر من توفي
بمكة من الصحابة [٧٣ ، ٦١٣ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ، ص ٢٤٦

ابن مسعود 10,12,111,117,

264.

عبد الله بن مسعود بن خافل بن
حبيب اللخمي . صحابي . وهو من
أهل مكة ومن السابقين إلى
الإسلام . كان خادم الرسول
وصاحب سره ورفيقه في ترحاله
وفرواته . توفي في المدينة
[٣٢ ، ٦٥٣ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ، ص ٢٨٠

352, 356, 359, 367, 373, 374,
378, 379, 380, 381, 382, 391,
584, 589, 590, 593, 602, 604,
104, 413, 418, 419, 420, 421,
422, 423, 425, 426, 427, 428,
444, 461, 462, 463, 464, 465,
466, 467, 468, 470, 472, 476,
477, 478, 480, 481, 482, 485,
488, 500, 501, 502, 503, 529,
534, 535, 537, 542, 549, 007,
561, 562, 563, 564, 565, 566,
568, 569, 571, 574, 576, 583,
606, 609, 610, 611, 618, 624,
625, 628, 647, 658, 660, 663,
688, 691, 694, 695, 703, 704,
705, 707, 708, 709, 711, 715,
723, 724, 736, 746, 748, 774
778, 779, 781, 792, 811, 813,
824, 829, 830, 843, 844, 849,
853, 855, 865, 868, 873, 874,
876, 881, 882, 883, 884, 886,
887, 892, 894, 895, 896, 901,
9602, 903.

النعمان بن ثابت التيمي بالولاء ،
الكوفي . لإمام الحنفية الفقيه المنجد .
قيل أصله من أبناء فارس . ولد
ولداً بالكوفة . وكان يسبح الخمر
ويطلب العلم في صباه ، ثم انقطع
للتدريس والإفتاء . وأراده عمر
ابن هبيرة أمير العراقيين على القضاء
فامتنع ورعاً . وأراده المنصور
على القضاء ببغداد فأبى لحبسه إلى
أن مات [١٥٠ هـ ، ٧٦٧ م]

٨٨١ أبو بكر

نصيح بن الحارث بن كلدة النخعي .
صحابي من أهل الطائف . توفي
بالبصرة . ولما قيل له أبو بكر
لأنه تولى بيكرة من حصن الطائف
إلى النبي (ص) وهو ممن اعتزل
الفتنة يوم الجمل وصفين
[توفي ٥٢ هـ ، ٦٧٢ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٩ ، ص ١٧

٢٨١ أبو جهل

عسرو بن هشام بن المنبذة الخزرجي
القرشي . أشد الناس عداوة للنبي
(ص) وأحد سادات قريش
في الجاهلية . قتل في بدر [٢ هـ ،
٦٢٤ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٥ ، ص ٢٦١

١١٢ أبو حميد الساعدي

ورد اسمه في

ابن سعد ، طبقات ، ج ٥ ، ص ٢٠٠
أبو حنيفة (الإمام)

7, 8, 22, 31, 84, 105, 119,
124, 125, 126, 132, 133, 134,
201, 203, 222, 227, 229, 232
234, 236, 237, 270, 282, 287,
290, 296, 302, 305, 307, 314,
322, 236, 327, 328, 329, 330,
337, 339, 340, 341, 343, 349,

السرياني : نحوى عالم بالأدب ،
سكن بغداد وتولى نيابة القضاء .
[توفي ٣٦٨ هـ ، ٩٧٩ م]
الزركلى ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ٢١٠

أبو سعيد العباد أبادى 720
(٣ . لم يرد له ذكر في الجواهر
المضية ولا السمعاني ولا السكندرى
ولا ابن قطلوبغا) .

أبو سفيان 754, 773, 760
صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس
ابن عبد مناف : صحابي ، من
سادات قریش في الجاهلية . وهو
والد معاوية رأس الدولة الأموية .
أسلم يوم فتح مكة . كان عامل
الرسول (ص) على نجران . توفي
بالمدينة وقيل بالشام [١٠ هـ ،
٦١٣ م] .

الزركلى ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ٢٨٨

أبو سلية 112
حماد بن سلية ويكنى أبا سلية
(الحضرمي) ، وأبوه سلية يكنى
أبا حمزة . وهو مولى لبني تميم ،
وهو ابن أخت حميد الطويل .
وقيل أنه ثقة كثير الحديث ،
وربما حدث بالحديث المنسك .
ابن سعد ، الطبقات ، ج ٧ ، ص ٢٨٢

له مسند في الحديث جمعه تلاميذه .
الزركلى ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ٤٠٥
القرشي ، الجواهر المضية ، ج ١ ،
ص ٢٦

أبو الدرداء 452

عويمر بن مالك بن قيس بن أمية
الأنصاري الخزرجي : صحابي .
ولاه معاوية قضاء الشام بأمر عمر
أبن الخطاب . وهو أول قاض
بها . مات بالشام [٣٢ هـ ، ٦٥٢ م]
الزركلى ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ٢٨١

أبو ذر 3

جندب بن جنادة بن سفيان بن
صبيد ، من بني ضار . صحابي .
يقال أسلم بعد أربعة . هاجر إلى
بادية الشام ، سكن دمشق وجعل
ديارته تصريص الفقراء على مشاركة
الأغنياء في أموالهم . فشكاه
معاوية إلى عثمان فأمره عثمان
بالرحلة إلى الريدة (من قرى
المدينة) فسكنها إلى أن مات
[توفي ٣٣ هـ ، ٦٥٢ م]

الزركلى ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ١٣٦

أبو سعيد السرياني (الإنعام) 26,

31, 116.

سعيد الجعفي بن عبد الله بن الحرزبان

الشامية . صحابي . من السابقين
إلى الإسلام . ولاء عمر قيادة
الجيش الزاحف إلى الشام . توفي
بطاعون حمّاس ودفن في غور
بيسان . [توفي ١٨ ، ٦٣٩ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ، ص ٢١

أبو موسى الأشعري 24,111,
327,631,846.

عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار
ابن حرب من قحطان . صحابي
وأحد الحكمين اللذين رضى بهما
على ومعاوية . ولد في اليمن وقدم
مكة عند ظهور الإسلام فأسلم
وهاجر إلى الحبيشة . ثم استعمله
رسول الله (ص) على زيد وحدث
وولاه عمر بن الخطاب البصرة
سنة ١٧ هـ . فافتتح أصحابان
والأهواز . ارتد إلى الكوفة بعد
التحكيم وتوفي فيها [٤٤ ، ٦٥٥ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ،
ص ٢٥٤ — ٢٥٥

أبو هريرة 3,4,107,112,261.

عبد الرحمن بن صخر المدني .
صحابي . كان أكثر الصحابة حفظاً
للحديث ورواية له . نفاً يتجا

820

أبو طالب

عبد مناف بن عبد المطلب بن
هاشم ، من قريش ، والد علي
وعم النبي (ص) . كان من رؤساء
بنى هاشم . دعاه النبي إلى الإسلام
فامتنع . [توفي ٣ ق ٥٠ ، ٦٢٠ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ، ص ٣١٥

أبو عبد الرحمن 109,131.

أبو عبد الرحمن السلمي : له
مجامع السلمي : مجامع بن مسعود
ابن ثعلبة السلمي . صحابي . من
القادة الشجعان . استخلفه المغيرة
ابن شعبه على البصرة في خلافة
عمر . [توفي ٣٦ ، ٦٥٦ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج ٦ ، ص ١٦٠

أبو عبد الله 403,419.

محمد بن يحيى بن مهند ، أبو عبد الله
الجرجاني . فقيه من أعلام الحنفية .
سكن بغداد وكان يدرس فيها .
تفقه عليه أبو الحسين القنودي .
[توفي ٣٩٧ ، ١٠٠٧ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٨ ، ص ٥

111

أبو عبيدة

عاصم بن عبد الله بن الجراح بن
هلال النهدي القرشي . فاتح الليار

341, 342, 345, 349, 353, 358,
360, 373, 380, 381, 382, 384,
387, 391, 404, 413, 418, 419,
420, 425, 426, 427, 428, 444,
461, 462, 464, 465, 466, 467,
468, 470, 472, 476, 477, 478,
479, 481, 482, 485, 488, 500,
501, 502, 503, 515, 516, 517,
520, 532, 534, 535, 537, 541,
542, 549, 551, 552, 553, 554,
557, 561, 563, 565, 568, 569,
571, 575, 576, 584, 589, 590,
593, 602, 604, 609, 618, 620,
624, 628, 634, 647, 650, 651,
658, 688, 688, 694, 695, 701,
703, 704, 705, 707, 708, 709,
711, 720, 723, 725, 726, 746,
748, 751, 774, 778, 781, 782,
813, 822, 823, 824, 826, 828,
830, 843, 844, 849, 853, 854,
855, 885, 873, 876, 881, 884,
889, 888, 892, 894, 896, 897,
899, 900, 901, 902.

يعقوب بن ابراهيم بن حبيب
الانصارى الكوفي البغدادي .

ضميناً في الجاهلية . وقدم المدينة
ورسول الله بخير فأسلم . ولى
لمرة المدينة مدة واستعمله عمر
على البحرين . توفي بالمدينة .
[٥٥٩ ، ٦٧٩ م] .
الزركل ، الاعلام ، ج ٤ ،
ص ٨٠ — ٨١

أبو واقد الليثي
الحارث بن عوف الليثي الكنانى .
شهد الفتح مسلماً . وشهد اليرموك
بالشام . يعد في أهل المدينة .
جاور بمكة ومات بها .
[٦٨٨ ، ٦٨٧ م] .
ابن الاثير ، أسد الغابة، ج ٥ ،
ص ٣١٩

أبو يوسف
22, 56, 84, 124, 125, 126, 132,
133, 134, 140, 141, 142, 143,
145, 146, 149, 152, 154, 155,
163, 169, 201, 203, 232, 233,
234, 236, 237, 248, 249, 274,
275, 282, 287, 288, 295, 297,
298, 299, 305, 307, 314, 347,
322, 326, 328, 329, 330, 331,

اسماعيل بن ابراهيم بن مهاجر 285
ذكر في

ابن سعد ، الطبقات ، ج ٦ ،
ص ٣١٥

اسماعيل بن أبي خالد 102

مولى لبني أحسن من بحيلة ويكنى
أبا عبد الله . كان أصغر من
ابراهيم النخعي بستين . روى
عن مصعب بن سعد . قيل أنه قد
رأى ستة من رأى النبي (ص) .
يقول سفيان الثوري أنه من
الحفاظ . توفي بالسكوفة سنة
١٤٦ هـ [٧٦٣ م] .

ابن سعد ، الطبقات ، ج ٦ ،
ص ٢٢٢ ، ٢٤٣ — ٢٤٤

اسماعيل بن حماد 277, 380

اسماعيل بن حماد بن الإمام
أبي حنيفة النعمان . فقيه حنفي .
ولى قضاء الجاهل الشرق من
بغداد والبصرة والرققة . صنف
الجامع في الفقه على مذهب جده .
[توفي ٢١٢ هـ ، ٨٢٧ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ١ ،
ص ٣٠٩

صاحب أبي حنيفة وتلميذه وأول
من نشر مذهبه . كان فقيهاً علامة .
ولد بالكوفة وتفق بالحديث
والرواية ثم لزم أبا حنيفة . ولى
القضاء ببغداد أيام الممدى والمهادى
والرشيد . ومات في خلافته في
بغداد وهو على القضاء . أول
من دعى قاضي القضاء . وأول
من وضع الكتب في أصول
الفقه على مذهب أبي حنيفة .
من كتبه : الخراج والآثار وأدب
القاضي والأما في الفقه وغيرها .
[توفي ١٨٢ هـ ، ٧٩٨ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٩ ، ص ٢٥٧
ابن خلكان ، وفیات الأعيان ،
ج ٢ ، ص ٣٠٣

أبي بن كعب 129, 471, 673

أبي بن كعب بن قيس بن عبيد من
بنى النجار ، صحابي أنصاري .
كان قبل الإسلام جراً من أجار
اليهود . ولما أسلم كان من كتاب
الوحي . وكتب كتاب الصلح
لأهل بيت المقدس . وأمره عثمان
بجمع القرآن فاشترك في جمعه .

مات بالمدينة [٢١ هـ ، ٦٤٢ م]
الزركلي ، الأعلام ، ج ١ ، ص ٧٨
ابن سعد ، طبقات ، ج ٣ ، ص ٥٩

كان عالماً بالقرآن والحديث
والفرائض . [توفي ١٤٨ هـ ،
٧٦٥ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٣ ، ص ١٩٨

أم سلة 12,94,129.

هند بنت سهيل بن المغيرة القرشية
المخزومية . من زوجات النبي .
توفيت [٦٢ هـ ، ٦٨١ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٩ ، ص ١٠٤

أنس 279

أنس بن مالك بن النضر بن ضميم
البنخاري المخزومي الأنصاري ،
أبو ثمامة أو أبو صخرة . صاحب
رسول الله وشاهد . روى عن
البنخاري ومسلم ومات بالبصرة
[٩٣ هـ ، ٨١٥ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ١ ،
ص ص ٣٦٥ ، ٣٦٦

إياس بن معاوية 6,327

إياس بن معاوية بن قررة المزني .
قاضى البصرة . يضرب المشل
بذكائه ، توفي بواسط [١٢٢ هـ ،
٧٤٠ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ١ ،
ص ٣٧٦

إسماعيل بن رجاء 279

ذكر ابن سعد أن إسماعيل بن
رجاء قد روى عن علي بن غراب
مولى الوليد بن صخر الفزاري .

ابن سعد ، الطبقات ، ج ٦ ، ٣٩١

إسماعيل بن عُلَيْيَّة 417

ورد اسمه فقط في

ابن سعد ، طبقات ، ج ٦ ، ص ٢٥١

الأشعث بن قيس 131,880

الأشعث بن قيس بن معدى كرب
البيكندی . أمير كندة في الجاهلية
والإسلام . كانت إقامته في
مضر موت ، ووفد على النبي (ص)
بعد ظهور الإسلام فأسلم وشهد
اليرموك فأصيب عينه . حارب
مع علي في صفين . ثم عاد إلى
الكوفة وتوفي فيها [٤٠ هـ ،
٦٦١ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ١ ،
ص ٣٣٣ - ٣٣٤

الأعشى 114,131

سليمان بن مهران الأسدي بالولاء ،
أبو محمد : تابعي . أصله من بلاد
الهي ، ومنشأه بوفاته في الكوفة .

جابر بن زيد 117

جابر بن زيد الأزدي البصري ،
أبو القشاش : تابعي فقيه ، من
الائمة . من أهل البصرة . أصله
من عمان . صحب ابن عباس .
نفاه الحجاج إلى عمان .
[توفي ٩٣ هـ ، ٧١٢ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ٩١

جابر بن سمرة 462

جابر بن سمرة بن جنداعة السوائي .
صحابي . كان حليف بني زهرة .
له ولاية حبة . ترك الكوفة .
[توفي ٧٤ هـ ، ٦٩٣ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ٩٢

جبير بن مطعم 471

جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل
ابن عبد مناف القرشي . صحابي .
كان من علماء قريش وساداتهم .
توفي بالمدينة . [٥٥٩ هـ ، ٦٧٦ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٢ ،

ص ١٠٣

جعفر 818

هو جعفر بن أبي طالب بن
عبد المطلب بن هاشم . صحابي .

بشر بن الوليد 380

بشر بن الوليد بن خالد بن الوليد
الكندي . القاضى . سمع مالك
ابن أنس . وهو أحد أصحاب
أبي يوسف خاصة . وعنه أخذ
الفتح . روى كتب أبي يوسف .
ولى القضاء ببنداد . [توفي
٢٣٨ هـ ، ٨٥٢ م] .

القرشي ، الجواهر المضية ، ج ١ ،

ص ١٦٦ - ١٦٧

تميم بن طرفة 462

تميم بن طرفة الطائي . كان ثقة
قليل الحديث . توفي في زمان
الحجاج . [٩٤ هـ ، ٧١٢ م] .
ابن سعد ، طبقات ، ج ٦ ،
ص ٢٠٢

جابر 117,818

جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام
الخرزجى الأنصارى . صحابي من
المكثرين في الرواية عن النبي
(ص) . كانت له حلقة في المسجد
النبوى يؤخذ عنه العلم .
[توفي ٧٨ هـ ، ٦٩٧ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٢ ،

ص ٩٢

الحسن البصري 107, 117, 327.

الحسن بن يسار البصري . تابعي .
كان إمام أهل البصرة . ولد بالمدينة
وشب في كنف علي بن أبي طالب .
له مع الحجاج مواقف ولكنه سلم
من أذاه . [توفي ٥١١هـ ، ٧٣٨م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ٢٤٢

الحسن بن زياد

4, 6, 79, 103, 107, 109, 117,
141, 142, 203, 227, 279, 282,
282, 284, 380, 381, 464, 465,
486, 487, 476, 551, 552, 563,
557, 593, 610, 624, 625, 699,
792, 798, 846, 898, 900,

الحسن بن زياد اللؤلؤي السكوفي ،
قاضي وفقيه من أصحاب أبي حنيفة ،
أخذ عنه وسمع منه . ولي القضاء
بالكوفة سنة ١٩٤ هـ . من كتبه
أدب القاضي ، والحراج ، والأمالى .

[توفي ٢٠٤ هـ ، ٨١٩م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ٢٠٥

الحكم بن عمرو الغفاري 2

الحكم بن عمرو بن مجدع الغفاري .
صحابي . انتقل إلى البصرة في أيام
معاوية فوجه زياد إلى خراسان .

مات بمرور [٥٥٠ هـ ، ٦٧٠م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ٢٩٦

وهو أخو أمير المؤمنين علي بن
أبي طالب . هاجر إلى الحبشة
في الهجرة الثانية . قتل في وقعة
مؤتة . [٥٨ هـ ، ٦٢٩م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ١١٨

11 حابس بن سعد الطائي

حابس بن سعد اللنذر الجرمي
الطائي . من الصحابة . كان فيمن
وجههم أبو بكر إلى الشام فنزل
حاص . وشهد حرب صفين مع
معاوية وقتل فيها [٥٣٧ هـ ، ٦٥٧م]
الزركلي ، الأعلام ، ج ٢ ، ص ١٥٠

362 حبل بن خارجة الأشجعي

أو حصيل

أسلم يوم خيبر وشهد فتحها .
ابن الأثير ، أسد الغابة ، ج ٢ ،
ص ١٦٩

264, 279, 673, 793 الحسن

الحسن بن علي بن أبي طالب
الهاشمي القرشي ، خامس الخلفاء
الراشدين وآخرهم . وثاني الأئمة
الاثني عشر عند الإمامية . خلع
نفسه من الخلافة . ولد في المدينة
بمكة [٥٥٠ هـ ، ٦٧٠م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٢ ،

ص ٢١٤ - ٢١٥

جعفر الصادق وبمنه فيه هو .
وقد قضى عليه حوالى سنة ١٤٧ هـ ،
٧٦٤ م . ولكن التفرقة بقيت
منتشرة بعض الشيء فى السواد
والبحرين ، ويقال أن عدد أتباعها
كان قرابة مائة ألف حوالى
سنة ٣٠٠ هـ إلا أن الفرقة تلاشت
فيا بعد .

ومن معتقداتها المغالاة فى معاملة
الخصوم حيث حلت قتل الرجال
والنساء والأطفال وحلت كذلك
شهادة الزور فى ماملة الخصوم
وعليه فشهادة الخطايين لا تقبل
فى القضاء .

انظر : الموسوعة الإسلامية تحت
مادة الخطاوية حيث ذكرت
المصادر المختلفة عنها .

٢٧ الخنساء

تماضر بنت عمرو بن الحارث بن
الشريد الرياحية ، من بنى سليم ،
من قبلى عيلان ، من مضر . أشهر
شواهر العرب . أدركت الإسلام
فأسلمت ووفدت مع قومها بنى سليم
على رسول الله (ص) . كان شعرها
يعجب النبى . قتل أبناؤها الأربعة
فى القادسية [توفيت ٤٧٢ هـ ١٠٤٤ م]
الزركلى ، الإعلام ، ج ٣ ، ص ٦٤ .

١١٧ حماد بن زيد

حماد بن زيد بن درهم الأزدي
الجهنمى البصرى ، أبو اسماعيل :
من حفاظ الحديث . يعرف
بالأزرق . أصله من سبى بستان
ومولده ووفاته فى البصرة . كان
مضرباً . خرج حديثه الأئمة
السنة [توفى ١٧٩ هـ ٧٩٥ م]

الزركلى ، الإعلام ، ج ٢ ، ص ٣٠١

٢ خالد بن الوليد

خالد بن الوليد بن المغيرة المخزومى
القرشى ، الفاتح الكبير . صحابى .
كان من أشرف قريش فى
الجاهلية وأسلم قبل فتح مكة
بعد الحديبية - أرسله أبو بكر
لقتال مسيلة ومن ارتد من أعراب
نجد وسيره إلى العراق . ولما ولى
عمر عزله . مات بمصر فى سورية
[٤٢١ هـ ٦٤٢ م] .

الزركلى ، الإعلام ، ج ٣ ، ص ٢٤١ — ٢٤٢

٣٤١ الخطاوية

هى اسم لفرقة من غلاة الشيعة
وتنسب إلى أبى الخطاب محمد بن
أبى زينب الأسدى الأجدع الذى
قال بنظرية حلول الله فى الإمام

أقام بالبصرة وولى قضاءها وتوفى بها [١٥٨ هـ ، ٧٧٥ م] .
الزركلى ، الاعلام ، ج ٣ ، ص ٧٨
القرشى ، الجواهر الماضية ، ج ١ ،
ص ٢٤٣

الزهرى 107,111,362,902.

محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب
الزهرى ، من بنى زهرة بن كلاب
من قريش . أول من دون الحديث
وأحد أكابر الحفاظ والفقهاء .
تابعى من أهل المدينة . نزل
الشام واستقر بها . مات بشغب
آخر حد الحجاز وأول حد
فلسطين . [توفى ١٢٤ هـ ، ٧٤٢ م]
الزركلى ، الاعلام ، ج ٧ ، ص ٣١٧

زياد بن أبيه 109,107,861.

أمير من دهاة القادة الفاتحين .
من أهل الطائف . ولاء على امرأة
فارس . ولما توفى امتنع زياد على
معاوية . وتبين لمعاوية أنه أخوه
من أبيه فكتب إليه بذلك .
فقدم زياد عليه وألحقه معاوية
بنسبه فكان عضده الأوفى . ولاء
البصرة والكوفة وسائر العراق إلى
أن توفى [٥٣ هـ ، ٦٧٣ م] .
الزركلى ، الاعلام ، ج ٣ ،
ص ٨٩ — ٩٠

داود (النبى) 6,109,129,462.

الزبير 101,444,673.

الزبير بن العوام بن خويلد الأسدى
القرشى . صحابى . وهو ابن عمه
النبي (ص) . وشهد بدر وأحداً
وشهد الجابية مع عمر بن الخطاب .
قتله ابن حرموز غيلة يوم الجمل
بوادى السباع . [توفى ٣٦ هـ ،
٦٥٦ م] .

الزركلى ، الاعلام ، ج ٣ ، ص ٧٤

زدارة بن أبى أوفى 79

زدارة بن أوفى الحرشى . من
بنى الحرش بن كعب بن ربيعة
ابن عامر بن صعصعة . كان قاضياً
على البصرة . كان ثقة وله أحاديث
[توفى ٧٣ هـ ، ٦٩٢ م] .

ابن سعد ، طبقات ، ج ٧ ، ق ١ ،
ص ١٠٩

زفر

203, 557, 583, 589, 590, 618,

694, 695, 715, 717, 746, 748,

864, 865, 866.

زفر بن الهذيل بن قيس العنبرى ،
فقيه كبير من أصحاب الإمام
أبي جعفر . أجله من أصحابه .

زيد بن ثابت

673, 471, 130, 129.

زيد بن ثابت الصنعاك الانصارى
الخرجى . صحابي . كان كاتب
الوحى . ولد فى المدينة ولها
بمكة وهاجر مع النبى (ص) .
وكان أحد الذين جمعوا القرآن
فى عهد النبى (ص) . توفى
[٤٥ هـ ، ٦٦٥ م] .

الزركلى ، الاعلام ، ٣ ، ٣
ص ص ٩٥ — ٩٦

زيد بن حارثة

818

زيد بن حارثة بن شراحيل
(أو شراحيل) الكعبى .
صحابى . وهبته خديجة بنت خويلد
للنبى (ص) حين تزوجها . فتبناه
النبى - قبل الإسلام - وأعتقه
وزوجه بنت حمه . واستمر
الناس يسمونه « زيد بن محمد »
وكان النبى يحبه ويقدمه . وجعل
له الإمارة فى غزوة مؤتة فاستشهد
فيها [٨ هـ ، ٦٢٩ م] .

الزركلى ، الاعلام ، ٣ ، ٣ ص ٩٦

زيد بن خالد

281

زيد بن خالد الجهني المدني .

صحابى . شهد الحديبية . وكان معه
لواء جينة يوم الفتح . توفى
فى المدينة [٧٨ هـ ، ٦٩٧ م] .

الزركلى ، الاعلام ، ٣ ، ٣ ص ٩٧

116 سعيد بن جبير

سعيد بن جبير الأسدى بالولاء
السكوفى . تابعى ، حبشى الاصل .
أخذ العلم عن عبد الله بن عباس
وابن عمر . قتله الحجاج بواسط
[٩٥ هـ ، ٧١٤ م] .

الزركلى ، الاعلام ، ٣ ، ٣
ص ١٤٥

129 سعيد بن العاص

سعيد بن العاص بن سعيد بن
العاص بن أمية الأموى
القرشى . صحابي . من الأمراء .
ولاه عثمان الكوفة وهو شاب .
وعهد إليه معاوية بولاية المدينة
فتولاها لى أن مات . توفى
[٥٩ هـ ، ٦٧٩ م] .

الزركلى ، الاعلام ، ٣ ، ٣
ص ١٤٩

سعيد بن المسيب

أنظر ابن المسيب .

843

الشافعي

محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان
ابن شافع الهاشمي . صاحب
المذهب المنسوب إليه . ولد في
غزة في فلسطين وحمل إلى مكة
وهو ابن ستين . زار بغداد
وقصد مصر سنة ١٩٩ هـ فتوفي
بها [٢٠٤ هـ ، ٨٢٠ م] .
أشهر كتبه ، كتاب الامم ، والرسالة .
الزركلي ، الاعلام ، ج ٦ ،
ص ص ٢٤٦ - ٢٥٠

شرح

10, 79, 92, 102, 109, 111, 127,
128, 224, 228, 379, 385, 409,
470, 471, 531, 673, 839, 846,
902.

شريح بن الحارث بن قيس بن
الجمهم الكندي . قيل انه من أشهر
القضاة الفقهاء في صدر الإسلام .
أصله من اليمن . ولي قضاء الكوفة
في زمن عمر وعثمان وعلى
ومعاوية واستعفى في أيام الحجاج
فأغواه سنة ٧٧ هـ . مات بالكوفة
[٦٩٧ هـ ، ٨٧٨ م] .

الزركلي ، الاعلام ، ج ٣ ،

ص ٢٣٦

107,114.

سفيان الثوري

سفيان بن سعيد بن مسروق
الثوري . من بني ثور من
عبد مناة من مضر . كان سيد
أهل زمانه في علوم الدين والتقوى .
ولد ولشاً في الكوفة . راوده
المنصور أن يلى الحكم فأبى وخرج
من الكوفة سنة ١٤٤ هـ فسكن
مكة والمدينة . ثم طلبه المهدي
فتواري وانتقل إلى البصرة فأت
فيها متنعياً . [١٦١ هـ ، ٧٧٨ م]

الزركلي ، الاعلام ، ج ٣ ،

ص ١٥٨

6,7.

سليمان (النبي)

284

سليمان بن يسار

سليمان بن يسار أبو أيوب ،
مولى ميمونة أم المؤمنين : أحد
الفقهاء السبعة بالمدينة ولد في
خلافة عثمان . وصفه ابن سعد
بقوله : أنه ثقة فقيه كثير الحديث
[توفي ١٠٧ هـ ، ٧٢٥ م] .

الزركلي ، الاعلام ، ج ٣ ،

ص ٢٠١

طائوس 116, 117, 224.

طائوس بن كيسان الخولاني
الهمداني بالولاء . من أكابر
النايعين ، روى الحديث . أصله
من القرس ومولده ومثله في
الدين . توفي حاجاً بالمردقة .
[توفي ١٠٦ هـ ، ٧٢٤ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٣ ،
ص ٣٢٢

الطحاوي 465

أحمد بن محمد بن سلامة بن سلة
الأزدی الطحاوي . فقيه . انتهت
إليه رئاسة الحنفية بمصر . ولد
ولك في طحا ، من صعيد مصر .
رحل إلى الشام سنة ٢٦٨ هـ .
[توفي ٣٢١ هـ ، ٩٣٣ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ١ ،
ص ١٩٧

القرشي ، الجواهر المضية ، ج ١ ،
ص ١٠٢

طلحة بن عبيد الله

101, 130, 470, 471, 673.

طلحة بن عبيد الله بن عثمان التيمي
القرشي المدني . صحابي . هو أحد
الستة أصحاب السورج . شهيد

الشعبي

10, 79, 109, 117, 129, 235,
417, 339, 880, 902.

عامر بن شراحيل ، كوفي محدث .
[توفي ١٠٥ هـ ، ٧٢٤ م] .

وفيات الأعيان ، تحقيق إحسان
عباس ، ج ٣ ، ص ١٢-١٦

الشيثاني 102

إسحاق بن مزار الشيثاني بالولاء ،
أبو عمرو : لقوى أديب . من
رمادة الكوفة . سكن بغداد
ومات بها . أصله من الموالي .
جمع أشعار ينف وثمانين قبيلة
من العرب ودونها في مجلدات .
أخذ عنه جماعة كبار منهم أحمد
ابن حنبل . ومن تصانيفه وغريب
الحديث ، [توفي ٢٠٦ هـ ، ٨٢١ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج ١ ، ص ٢٨٩

صفوان 873

صفوان بن أمية بن خلف بن وهب
الجبلي القرشي المكي صحابي .
كان من أشرف قریش في الجاهلية
والإسلام . أسلم بعد الفتح .
شهد اليرموك ومات بمكة [٤١ هـ ،
٦٦١ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٣ ، ص ٢٩٦

عبد الرحمن بن يزيد 12

عبد الرحمن بن يزيد بن جارية
الأنصاري اللدني ، أبو محمد :
تابعي ، من رجال الحديث
الثقات . ولد في حياة رسول الله
(ص) وولى القضاء لعمر بن
عبد العزيز . مات بالمدينة
[٨٩٨ ، ٧١٦ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ،
ص ١٨٨

عبد الله بن جعفر 314,470

عبد الله بن جعفر بن أبي طالب
ابن عبد المطلب الهاشمي القرشي :
صحابي . ولد بالحبيشة وأتى البصرة
والسكوفة والشام . كان أحد
الأمراء على جيش على يوم صفين ،
ومات بالمدينة [٨٨٠ ، ٧٠٠ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ،
ص ٢٠٤

عبد الله بن رافع 12

عبد الله بن رافع مولى أم سلمة
زوج النبي (ص) . ممن من أم سلمة .
كان ثقة كثير الحديث .
ابن سعد ، الطبقات ، ج ٥ ،
ج ٢١٩

أحدًا والحدثي . قتل يوم الجمل
وهو بجانب عائشة . ودفن بالبصرة
[٨٣٦ ، ٦٥٦ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٣ ، ص ٢٣١
ابن سعد ، طبقات ، ج ٣ ،
ص ١٥٢

عائشة 825

عائشة أم المؤمنين ، بنت أبي بكر
الصديق عبد الله بن عثمان . زوجة
النبي وأحب نسائه إليه وأكثرهن
رواية للحديث . توفيت بالمدينة
[٥٨٨ ، ٦٧٨ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ،
ص ص ٤ - ٥

عبد الرحمن السلمي 109

(أنظر أبو عبد الرحمن السلمي) .
السمعاني ، الأنساب ، ص ٣٠٣

عبد الرحمن بن عوف 125,381

عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف
ابن عبد الحارث الزهري القرشي .
أحد السنة أصحاب الثوري . شهد
بنداء . وتوفي بالمدينة [٨٣٢ ،
٦٥٢ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ،
ص ٩٥

من أبطال الصحابة . أسلم قبل فتح مكة وهو من أهلها . وكان من كتاب الوحي للنبي . ولحق مصر سنة ٢٥ هـ بعد عمرو ابن العاص . مات بعسقلان فجأة وهو قائم يصل . [توفي ٢٧ هـ ، ٦٥٧ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ، ص ٢٢٠

عبد الله بن السري

أنظر عبد الله بن سعد .

عبد الله بن عباس .

أنظر ابن عباس .

عبد الله بن عمر 112,799.

عبد الله بن عمر بن الخطاب العدنوي . صحابي . هاجر إلى المدينة مع أبيه . وشهد فتح مكة . مولده ووفاته فيها . أفتى الناس في الإسلام ستين سنة . [توفي ٧٣ هـ ، ٦٩٢ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ، ص ٢٤٦

عبد الله بن كعب بن مالك 362

ورد ذكره بحاله كعب بن مالك في ابن سعد .

ابن سعد ، الطبقات ، ج ١ ، ص ٣٠٠

عبد الله بن رواحة 116,390.

عبد الله بن رواحة بن ثعلبة الأنصاري من الخزرج . صحابي . شهد الفتنة مع السبعين من الأنصار . استشهد في مؤتة . [توفي ٨ هـ ، ٦٢٩ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ، ص ٢١٧

عبد الله بن الزبير 129

عبد الله بن الزبير بن العوام القرشي الأسدي أبو بكر : أول مولود في المدينة بعد الهجرة . بيع بالخلافة سنة ٦٤ هـ ، فقبضت عليه يزيد بن معاوية ، حكم مصر والحجاز واليمن وخراسان والعراق وأكثر الشام ، وجعل قاعدة ملكه المدينة . كانت له مع الأمويين وقائع هائلة . انتقل إلى مكة ولحقه بينه وبين الحجاج حروب انتهت بقتل ابن الزبير [٧٣ هـ ، ٦٩٢ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ، ص ٢١٨

عبد الله بن سعد 101,111.

عبد الله بن سعد بن أبي سرح القرشي العامري فاتح أفريقيا .

إلى أواخر أيام عصر فتكون
وفاته في أوائل ٢٣ هـ ، ٦٤٣ م .
[توفي ١٣ هـ ، ٦٣ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ٤٤ ، ص ٣٥٨
ابن سعد ، طبقات ، ٥٥ ،
ص ٣٣٠

عثمان 79, 101, 228, 264, 314,
471, 673.

عثمان بن عفان بن أبي العاص بن
أمية . ثالث الخلفاء الراشدين .
ولد بمكة ، وكان شريفاً في الجاهلية .
[توفي ٣٥ هـ ، ٦٥٦ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ،
ص ص ٣٧١ - ٣٧٢

111 عثمان بن أبي العاص

عثمان بن أبي العاص بن بشر بن عبد
ابن درهمان ، من ثقيف . صحابي
من أهل الطائف . أسلم في وفد
ثقيف فاستمعه النبي صلى الله عليه وآله وسلم
ثم ولاء عمر عثمان والبحرين
سنة ١٥ هـ ، وعزله عثمان فسكن
البصرة إلى أن توفي . وهو
الذي منع ثقيف من الردة .
[توفي ٥١ هـ ، ٦٧١ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ٤٤ ، ص ٣٦٨

عبد الله بن مسعود

أنظر ابن مسعود .

عبيد الله بن أبي بريدة

أنظر ابن أبي بريدة .

عبيد الله بن زياد (ابن أبيه) 117

وال قاصح . ولد بالبصرة . ولاء
دعوه ، معاوية خراسان . وانتقل
إلى البصرة أميراً عليها وقاتل
الخواارج . وأمره يزيد على
إمارته . بعد موت يزيد بإيمه
أهل البصرة ثم لم يلبثوا أن رغبوا
عليه ، فانتقل عتقاً إلى الشام .
قتله ابن الأشتر في الموصل
[٢٨ هـ ، ٦٨٦ م] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٤ ،

ص ص ٣٤٧ - ٣٤٨

111 عتاب بن أسيد

عتاب بن أسيد بن أبي العاص
ابن أمية بن عبد شمس . والي
أموى قرشي مكي . من الصحابة .
أسلم يوم فتح مكة . واستعمله
النبي (ص) عليها وكان عمره
٢١ سنة . وأقره أبو بكر فاستمر
فيها إلى أن مات يوم مات
أبو بكر . وهذا كنيته : عتيق .

تابعى . كان فقيه العراق . روى الحديث عن الصحابة . شهد صفين . أقام بخوارزم وبعمره وسكن الكوفة وتوفى فيها . [٥٦٢ ، ٦٨١ م] .

الزركلى ، الأعلام ، ج ٥ ، ص ٤٨

على بن أبى طالب

2, 3, 6, 101, 103, 111, 112,
113, 116, 248, 261, 262, 264,
270, 278, 279, 284, 285, 314,
369, 385, 389, 391, 422, 470,
471, 502, 517, 534, 584, 585,
673, 701, 789, 818, 820, 825,
868, 872, 873, 875, 876, 880.

على بن أبى طالب بن عبد المطلب الهاشمى القرشى ، رابع الخلفاء الراشدين ، وابن عم النبي وصهره . [توفى ٤٠ هـ ، ٦٦١ م] .

الزركلى ، الأعلام ، ج ٥ ، ص ص ١٠٧ - ١٠٨

٢ عماد بن ياسر

عماد بن ياسر بن عامر السكتاني المدحجي . صحابي . أحد السابقين إلى الإسلام . هاجر إلى المدينة

٩٤، ١٢٩

عطاء بن أسلم بن صفوان : تابعى ، من أجلة الفقهاء . كان عبداً أسود . ولد فى جند (باليمن) ونشأ بمكة فكان مفتى أهلها ومحدثهم ، وتوفى فيها . [١١٤ هـ ، ٧٢٢ م] .

الزركلى ، الأعلام ، ج ٥ ، ص ٢٩

٨٥٩

عطاء بن دينار الهذلى — مولى هذيل — المصرى من رجال الحديث . له كتاب فى النفسير يرويه عن سعيد بن جبير . توفى بمصر [١٢٦ هـ ، ٧٤٤ م] .

الزركلى ، الأعلام ، ج ٥ ، ص ٢٩

١١

عطاء بن السائب عطاء بن السائب الثقفى . كان ثقة . روى عنه المتقدمون .

[توفى ١٣٦ هـ ، ٧٥٣ م] .
ابن سعد ، طبقات ، ج ٦ ، ص ٢٣٥

١١٦

علقمة بن قيس بن عبد الله ابن مالك النخعي الحمذاني .

عطاء

عطاء

عطاء بن السائب

علقمة

أهل البصرة ليفقههم . وولاه
زياد قضاءها وتوفي بها [٨٥٢ ،
٦٧٢ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ٥ ، ٥ ،
ص ٢٣٢

٤٤٤ عمرو بن حريث

عمرو بن حريث بن عمرو بن
عثمان المخزومي القرشي . من
الصحابة . ولي إمارة الكوفة
لزياد ، ثم لابنه عبيد الله . ومات
بها [٨٨٥ ، ٧٠٤] .
الزركلي ، الأعلام ، ٥ ، ٥ ،
ص ٢٤٣ — ٢٤٤

عمر بن عبد العزيز

79, 92, 116, 409, 902.

عمر بن عبد العزيز بن مروان
ابن الحكم الأموي القرشي من
خلفاء الدولة مروانية بالشام .
ولي إمارة المدينة للوليد .
[توفي ٨١٠ ، ٧٢٠ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ٥ ، ٥ ،
ص ٢٠٩

١٢٩ عمرو بن الزبير

عمرو بن الزبير بن العوام الأسدي
القرشي : أخو عبد الله بن الزبير .

وشهد بدرًا وأحداً والخندق .
ولاه عمر الكوفة ثم عزله عنها .
وشهد الجمل وصفين مع علي وقتل
في صفين [٨٣٧ ، ٦٥٧ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ٥ ، ٥ ،
ص ١٩١ — ١٩٢

عمر

8, 10, 11, 12, 17, 24, 26, 29,
94, 102, 111, 112, 114, 125,
129, 224, 261, 264, 278, 327,
381, 385, 389, 391, 417, 471,
502, 531, 534, 673, 693, 723,
733, 799, 820, 833, 839, 846,
846, 859, 860, 861, 875, 878,

عمر

عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي
العدوي . ثاني الخلفاء الراشدين .
[توفي ٨٢٣ ، ٦٤٤ م] .
الزركلي ، الأعلام ، ٥ ، ٥ ،
ص ٢٠٣ — ٢٠٤

١٣٥ عمران بن الحصين

عمران بن حصين بن عبيد
الغزالي . من طباء الصحابة .
تزوجته سلمة بنت أبي

في الفتنة . فولاد معاوية على مصر
سنة ٣٨ هـ . توفي بالقاهرة
[٤٣ هـ ، ٦٦٤ م]

الزركلي ، الاعلام ، ج ٥ ، ص ٢٤٨

عيسى (عليه السلام) . 196, 197.

فاطمة (الزهراء) 826

فاطمة بنت رسول الله (ص)
ابن عبد الله بن عبد المطلب
الهاشمية القرشية ، وأمها خديجة
بنت خويلد : تزوجها أمير المؤمنين
علي بن أبي طالب (رض) وولدت
له الحسن والحسين وأم كلثوم
وزينب . عاشت بعد أبيها سنة
أشهر [١١ هـ ، ٦٣ م] .

الزركلي ، الاعلام ، ج ٥ ، ص ٢٢٩

فاطمة بنت قيس 764

فاطمة بنت قيس بن خالد القرشية
الفهرية ، أخت الضحاك بن قيس
الأمير : صحابية ، من المهاجرات
الأول . اجتمع أصحاب الثوري
في بيتها عند قتل عمر . [توفيت
نحو ٥٠ هـ ، ٦٧٠ م] .

الزركلي ، الاعلام ، ج ٥ ، ص ٣٢٩

كان مع بني أمية على أخيه . وامتنع
عن البيعة بولاية المهدي يزيد لمسا
دعاه إليها معاوية . استعمل والياً
على شرطة المدينة في بدء خلافة
يزيد . أسرفها بعد وأخذ إلى
أخيه عبد الله فأمر بضربه فقتل
مات تحت السياط وقيل صلب
بمكة سنة [٦٠ هـ ، ٦٨٠ م] .

الزركلي ، الاعلام ، ج ٥ ، ص ٢٤٥

عمر بن شعيب 814, 846.

عمر بن شعيب بن محمد السهمي
القرشي . من بني عمرو بن العاص .
من رجال الحديث . كان يسكن
مكة وتوفي بالطائف [١١٨ هـ ،
٧٣٦ م] .

الزركلي ، الاعلام ، ج ٥ ، ص ٢٤٧

عمر بن العاص 4, 8.

عمر بن العاص بن وائل السهمي
القرشي . فاتح مصر . أسلم في
الحديبية . ولده النبي (ص) أمرة
جيش واستعمله على عمان . افتتح
قنسرين . ولده عمر فلسطين .
وعمره عثان . وكان مع معاوية

عثمان وأُنجده يوم الثورة وحرّض
الأنصار على نصرته. ولما قتل
عثمان قعد عن نصرته على ولم يشهد
حروبه. وسمى آخر عمره عثمان
سبعاً وسبعين سنة. [توفي ٥٠ هـ
٦٧٠ م].

الزركلي، الأعلام، ج ٦، ص ٨٥

ماعر 328,860,875,879

ماعر بن مالك الأسلمي

ابن سعد، الطبقات الكبير،
ج ٤، قسم ٢، ص ٥٢

ابن حنبل مسند ابن حنبل، ج ٢
ص ٤٥٠

مالك 202,264,399,401,831

مالك بن أنس بن مالك الأصبحي
الحيرى، إمام المدينة، وإليه ينسب
المذهب المالكي. ولد وتوفي
بالمدينة [١٧٩ هـ، ٧٩٥ م].
صنف كتاب الموطأ وغيره
في الفقه.

الزركلي، الأعلام، ج ٦،
ص ١٢٨

بجاهد 109,117,859

بجاهد بن جبر، مكي مولى

فضالة بن عبيد 102

فضالة بن عبيد بن نافع بن قيس
الأنصاري الأوسي. صحابي. شهد
فتح الشام ومصر، ولادة معاوية
قضاء الشام وتوفي فيها [٥٣ هـ،
٦٧٣ م].

الزركلي، الأعلام، ج ٥،
ص ٣٤٩ — ٣٥٠

قتادة 235

قتادة بن النعمان بن زيد بن عامر
الأنصاري صحابي. توفي بالمدينة
[٢٣ هـ، ٦٤٤ م].

الزركلي، الأعلام، ج ٦، ص ٢٧

قنبر 673

مولى على بن أبي طالب.

ابن سعد، الطبقات الكبير، ج ٦،
ص ١٦٥

كعب بن مالك 362

كعب بن مالك بن عمرو بن القين،
البدرى الأنصاري السلمي
الخزرجي: صحابي، من أكابر
الصحراء من أهل المدينة. كان
في الإسلام من شعراء النبي (ص)
في الجاهلية ثم كان من أصحاب

549, 552, 553, 554, 557, 561,
562, 563, 564, 565, 566, 568,
590, 602, 604, 609, 610, 618,
569, 571, 575, 576, 584, 589,
620, 624, 628, 634, 647, 650,
651, 652, 658, 660, 663, 686,
688, 694, 695, 701, 703, 704,
707, 708, 711, 713, 714, 723,
725, 726, 736, 748, 752, 778,
781, 782, 802, 811, 813, 816,
822, 823, 824, 829, 830, 843,
844, 853, 854, 855, 873, 876,
881, 884, 890, 892, 896, 902.

محمد بن الحسن بن فرقد، من موالى
بنى شيان . إمام بالفقه . وهو
الذى لشرع علم أبي حنيفة . أصله
من قرية حرسنة في غوطة دمشق
ولد بواسط ولشأ بالكوفة فسمع
من أبي حنيفة وانتقل إلى بغداد
فولاه الرشيد القضاء بالرقعة
ثم عزله .

ولما خرج الرشيد إلى خراسان
صحبته فأتى في الرى .

له كتب كثيرة في الفقه والأصول
منها المبسوط في فروع الفقه ،
والجامع الكبير والجامع الصغير
وغيرها [توفى ١٨٩هـ ، ٨٠٤م]
الزركلى ، الأعلام ، ج ٦ ، ص ٣٥٩

بنى غزوم . تابعى مفسر . أخذ
التفسير عن ابن عباس . واستقر
في الكوفة [توفى ١٠٤هـ ، ٧٢٢م]
الزركلى ، الأعلام ، ج ٦ ، ص ١٦١

79

محارب بن دثار

محارب بن دثار بن كردوسى
السدوسى الشيبانى الكوفى ،
ابو المطرف : قاضى الكوفة .
كان فقيها زاهدا . وكان من المرجئة
في علي وعثمان . عزل عن القضاء
وأعيد وتوفى وهو قاض [١١٦هـ ،
٧٣٤م] .

الزركلى ، الأعلام ، ج ٦ ، ص ١٦٧

محمد

22, 56, 124, 125, 126, 133,
134, 149, 150, 152, 154, 163,
176, 189, 190, 196, 201, 203,
227, 232, 233, 234, 236, 237,
282, 283, 284, 287, 289, 290,
292, 293, 294, 295, 299, 305,
307, 314, 317, 321, 322, 323,
326, 328, 329, 337, 340, 373,
374, 378, 380, 381, 382, 387,
481, 482, 488, 499, 501, 502,
462, 465, 466, 467, 472, 477,
391, 419, 420, 428, 444, 461,
503, 505, 516, 517, 531, 534,

معاذ بن جبل 2, 3, 10, 24, 25
111, 114, 875.

معاذ بن جبل بن عمرو بن أوس
الأنصاري الخزرجي ، صحابي .
وهو أحد الستة الذين جمعوا
القرآن على عهد النبي (ص) .
وشهد العقبة مع الأنصار السبعين
وشهد بدرأ والخندق ، بمشور
الله إلى النبي وعندما ولي أبو بكر
عاد إلى المدينة . ولما أصيب
أبو عبيدة في طاعون عمواس
استخلف معاذاً وأقره عمر .
توفي بالأردن ودفن بالقصير المعيني
(بالفرد) [١٨ هـ ، ٦٣٩ م]
الزركلي ، الأعلام ، ٨ هـ ،
ص ١٦٦

معاوية 2, 11, 94, 409.

معاوية بن أبي سفيان ، صخر
ابن حرب بن أمية بن عبد مناف
القرشي الأموي . مؤسس الدولة
الأموية في الشام . أسلم يوم فتح
مكة . [توفي ٦٠ هـ ، ٦٨٠ م]
الزركلي ، الأعلام ، ٨ هـ ،
ص ١٧٢ — ١٧٣

محمد بن سيرين

انظر بن سيرين .

مسروق 115

مسروق بن الأجدع بن مالك
الهمداني ، تابعي . ثقة . من أهل
اليمن . قدم المدينة في أيام أبي بكر .
وسكن الكوفة ، وشهد حروب على
[توفي ٦٣ هـ ، ٦٨٣ م]
الزركلي ، الأعلام ، ٨ هـ ،
ص ١٠٨

مصعب بن ثابت 129

مصعب بن ثابت بن عبد الله
ابن الزبير . روى عن نافع مولى
الزبير بن العوام .
ابن سعد ، الطبقات ، ٥ هـ ،
ص ٢٢٠

مطرف 880

مطرف بن عبد الله بن الشخير
الحارثي العامري . زاهد من كبار
التابعين . ثقة في الحديث . توفي
بالبصرة [٨٧ هـ ، ٧٠٦ م]
الزركلي ، الأعلام ، ٨ هـ ،
ص ١٥٤
ابن خلكان ، وفیات الأحياء ،
٢١٩

الحديث. أصله من فارس ومولده
بكايل . توفي في دمشق [١١٢ هـ ،
٧٣٠ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٨ ، ص ٢١٢

ميمون بن مهران 92

ميمون بن مهران الرقي . فقيه من
القضاة . لقياً في الكوفة ثم
استوطن الرقة فكان عالم
الجزيرة . واستعمله عمر بن
عبد العزيز على خراجها وقضايتها .
كان ثقة في الحديث .

[توفي ١١٧ هـ ، ٧٣٥ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٨ ، ص ٣٠١

نافع بن الحارث 861

نافع بن الحارث بن كلثة الثقفي
الطائفي . أول من ابنتى داراً
بالبصرة بعد فتحها حيث أذن له
عمر بذلك . كان من رقيق أهل
الطائف ، أمه مولاة للحارث .
واعترف الحارث أنه ولده فغلب
إليه ولما ظهر الإسلام نزل من
الطائف إلى النبي (ص) وأسلم
وشهد الحروب . [لم يذكر تاريخ
الوفاة] .

الزركلي ، الأعلام ، ج ٨ ، ص ٣١٧

معمر 103, 107.

معمر بن راشد بن أبي عمرو
الآزدي ، فقيه حافظ للحديث .
ثقة من أهل البصرة . ولد واشتهر
فيها . سكن البين . وهو أول من
صنف باليمن . [توفي ١٥٣ هـ ،
٧٧٠ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٧ ، ص ١٩٠

المغيرة بن شعبة 861

المغيرة بن شعبة بن أبي عامر
ابن مسعود الثقفي . أحد دهاة
العرب وقادتهم وولانهم صحابي .
شهد الحديبية وفتح الشام
والقادسية وولاه عمر البصرة وعزله
ثم ولاه الكوفة وأقره عثمان .
وهو أول من وضع ديوان
البصرة .

وولاه معاوية الكوفة فلم يزل فيها
حتى مات [٥٩ هـ ، ٦٧٠ م]

الزركلي ، الأعلام ، ج ٨ ، ص ١٩٩

مكحول 3

مكحول بن أبي مسلم شهراب
ابن شاذل الهذلي بالولاء . فقيه
الشام في عصره . من حفاظ

الزركلى ، الأعلام ، ج ٩ ،
ص ١٠٥ .

861 الوليد بن عقبة

الوليد بن عقبة بن أبى معيط
الأموى القرشى . هو أخو عثمان
ابن عفان لأمه . اسلم يوم فتح
مكة . ولده عمر صدقات بنى
تغلب وعثمان والكوفة فانصرف
إليها وأقام إلى سنة ٢٦ فشهد عليه
جماعة عند عثمان بشرب الخمر
فعرله ودعا به إلى المدينة وحبس .
مات بالرقعة [٥٦١ ، ٦٨٠ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج ٩ ،
ص ١٤٣ .

262, 818 يحيى بن أكرم

يحيى بن أكرم بن محمد بن قطن
التميمى الأسيدى المروزى ،
أبو محمد : قاض ، رفيع القدر ،
على الشهرة ، من نبلاء الفقهاء ،
يتصل نسب به بأكرم بن صفى حكيم
العرب . له بمسرو وأصل
بالمأمون ، ولحق قضاء البصرة
سنة ٢٠٢ هـ ، ثم قضاء القضاة
ببغداد . وله غزوات وغارات .
عرله المعتصم عن القضاء فلزم

262 النضر بن شميل

النضر بن شميل بن خرشة بن يزيد
المازنى التميمى ، أبو الحسن :
أحد الأعلام بمعرفة أيام العرب
ودرواية الحديث وفقه اللغة .
ولد بمرو (من بلاد خراسان)
وانقل إلى البصرة مع أبيه فأقام
زمناً . وعاد إلى مرو فولى
قضاءها . واتصل بالمأمون
المباسب فأكرمه وقربه . توفى
بمرو [٢٠٣ ، ٨١٩ م]
الزركلى ، الأعلام ، ج ٨ ،

262, 362 الهرماس

هو الهرماس بن حبيب الذى
تقرّد عنه النضر بن شميل .
الذهبي ، ميزان الاعتدال ، ج ٤
ص ٢٩٥

هند ابنة حبة

750, 754, 773, 773.

هند بنت حبة بن ربيعة بن
عبد شمس بن عبد مناف صحابية ،
قرشية ، عالية الشهرة . وهى
أم الخليفة الأموى معاوية
ابن أبى سفيان [توفيت ١٤ هـ ،
٢٧٧ م]

بينه . ورده المتوكل إلى عمله .
وله كتب في الفقه .
توفي بالربذة من قرى المدينة
[٨٥٧ ، ٨٤٢ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج ٩ ،
ص ١٨٨ .

79. يحيى بن يعمر
يحيى بن يعمر الوشقي المدونى .
أول من نزل المصاحف . ولد
بالأهواز وسكن البصرة . وكان
من علماء التابعين . ولى قضاء مرو
ثم عزل بتهمة إدمان النبيذ .
[توفي ١٢٩ ، ٧٤٦ م] .
الزركلى ، الأعلام ، ج ٩ ،
ص ٢٢٥ .

يحيى بن عبد الحميد الحماني
يحيى بن عبد الحميد بن الرحمن
الحماني الكوفي أبو زكرياء : أول
من صنف المسند بالكوفة وهو
من حفاظ الحديث الرحالين .
اختلفوا في الثقة بروايته . مات
ص ١٦٦ — ١٦٧

117. يحيى بن عبد الحميد الحماني
يحيى بن عبد الحميد بن الرحمن
الحماني الكوفي أبو زكرياء : أول
من صنف المسند بالكوفة وهو
من حفاظ الحديث الرحالين .
اختلفوا في الثقة بروايته . مات

مطبعة الجبلاوي
٥٠٢ شارع النهضة البرلاقية - شبرا

رقم الإيداع بدار الكتب ١٩٧٩/٣٣٧١

Kitab Adab al-Qadi

by

Abu Bakr Ahmad ibn 'Amr ibn Mahir al-Shaybani
Known as al-Khassaf (d. 261 A.H. - 847 A.D.)

With a Commentary by

Abu Bakr Ahmad ibn 'Ali al-Razi
Known as al-Jassas (d. 370 A.H. - 980 A.D.)

Edited by

Farhat J. Ziadeh

